

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO
EM JULGADO: A INCONSTÂNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

ANA CAROLINE BENÍCIO DUTRA

Rio de Janeiro
2019.2

ANA CAROLINE BENÍCIO DUTRA

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO
EM JULGADO: A INCONSTÂNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta.

**Rio de Janeiro
2019.2**

CIP - Catalogação na Publicação

D978p DUTRA, ANA CAROLINE BENÍCIO
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO DA PENA
ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO: A INCONSTÂNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL / ANA CAROLINE BENÍCIO
DUTRA. -- Rio de Janeiro, 2019.
81 f.

Orientadora: Junya Rodrigues Barletta.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Presunção de Inocência. 2. Execução antecipada
da pena antes do trânsito em julgado. 3. Cláusula
Pétrea. 4. Habeas Corpus e ADCs. 5. Supremo
Tribunal Federal. I. Rodrigues Barletta, Junya,
orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

ANA CAROLINE BENÍCIO DUTRA

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO
EM JULGADO: A INCONSTÂNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta.

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Junya Rodrigues Barletta

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2019.2**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu Senhor Jesus. Ele é merecedor de toda Honra, de toda Glória, de todo o meu amor e de minha eterna Gratidão. Quando me permitiu vir a este mundo sabia que nada seria fácil e que eu teria que enfrentar muitos desafios para me tornar a mulher e profissional que estou batalhando para ser. Trilhar todo este caminho não tem sido simples e muito menos tranquilo, mas aprendi a confiar nos desígnios dEle e no melhor que Ele planejou para mim. Estar na Gloriosa Nacional foi um sonho que Ele sonhou junto comigo e fez se tornar realidade. Obrigada, meu Paizinho, por me mostrar que o Senhor ainda realiza sonhos!

“Dá instrução ao sábio, e ele se fará mais sábio; ensina o justo, e ele crescerá em entendimento” (Provérbios 9:9)

AGRADECIMENTOS

“Eu me lembro o dia em que eu aqui cheguei. Foi tudo como eu sonhei. Meu sonho eu realizei. Consegui, com uma canção me tornar um campeão. Tudo que aconteceu, Deus prometeu. Agora é meu!!!”

Quem diria que aquela menina negra, pobre e do interior conseguiria chegar tão longe! Em março de 2015 eu saía da minha casa, dos braços da minha mãe e da minha família para vir em busca do meu sonho e hoje ele está se concretizando.

Tantas coisas eu passei para conseguir chegar até aqui. Por diversas vezes pensei em desistir por não me sentir capaz e inteligente o suficiente para me manter na Gloriosa Nacional e para concretizar meu sonho de cursar de Direito. Tolice a minha!

Nada é impossível para aqueles que se dedicam e se esforçam, mas, acima de tudo, para aquele que crê no poder e no amor de Deus.

Ao longo deste caminho, por deveras doloroso, encontrei muitas pessoas que me fizeram sentir amada e capaz de chegar aonde quer que eu queira, assim como tive o apoio de minha mãe e de toda a minha família. Por este motivo, venho externalizar a minha gratidão a cada um deles.

A priori, agradeço à minha avó, Maria Derli (*in memorian*), por todo amor que sempre dedicou a mim, por ter sido o meu alicerce, por sempre ter me incentivado e segurado minhas mãos quando tinha medo. A vi sofrer por toda a minha vida e por isso queria que ela estivesse aqui hoje, vendo esta conquista porque ela é nossa. Meu maior agradecimento é e sempre será para ela!

À minha amada mãe, Lucinéia, por nunca ter desistido de mim, apesar de ter enfrentado uma gravidez de risco; por seu amor incondicional, por me apoiar e por ser essa mãe incrível, que sonha cada sonho junto comigo e faz o possível e o impossível para me ver feliz. Como eu te amo minha, mãezinha, e como sou grata a Deus por ter me feito filha de uma mulher tão

guerreira e batalhadora como você!

À minha avó, Marinalva, pelo exemplo de fé, amor e carinho; por ser a prova viva de que o amor transcende as barreiras impostas pelos laços sanguíneos.

Ao meu pai, Roberto, por ser esse ser humano ímpar, que me orgulha por sua inteligência e ser esse exemplo de profissional e operador do Direito.

Ao meu irmão, Kaio, por todo apoio, amor e companheirismo. Ele é a minha semelhança, o meu exemplo e uma das pessoas mais importantes da minha vida. Ver o orgulho estampado no rosto dele me faz muito feliz! Deus foi bom em nos fazer irmãos.

À minha tia, Luciene, por me apoiar e me amar, pelo cuidado e por ser como uma mãe para mim. A presença e cada palavra dela tornaram esta caminhada mais leve e mais feliz. Eu te amo, minha tia!

À minha tia-irmã, Luana, pelas orações incessantes e por demonstrar seu amor em cada gesto e palavra. Seu carinho foi fundamental nesta jornada!

Ao meu tio, Anízio, por me ensinar que nenhum obstáculo é impossível de ser vencido, por cuidar de mim como um pai, por me motivar e acreditar no meu potencial.

À minha prima, Taiane, por ser essa pessoa incrível, que vibra com cada conquista minha e por me amar de forma tão simples e fraterna. Somos primas porque nascemos de mães diferentes, mas o amor que nos ronda, nos conecta como se fossêmos irmãs! Tudo obra de Deus para nos mostrar que o amor é a base de tudo.

Ao meu primo, Pedro Lucas, por me amar tanto como se não houvesse nada além de mim, por cada palavra de apoio, por cada sorriso e por todo o orgulho que externa ao mundo sentir por mim. Nossa conectividade é inigualável e sei que ele é capaz de tudo para me ver feliz. Te amo, meu pequeno!

Ao meu primo, Antônio Marco, por todo o esforço que tem dedicado a mim, por vibrar pela realização deste sonho e por, em tão pouco tempo, agregar tanto em minha família. Ah,

como é bom ver que Deus une as pessoas pelo amor e carinho que são capazes de sentir umas pelas outras.

Aos meus amigos da Gloriosa Nacional: Vanessa, Larissa, Ágatha, Fernanda, Layenne, Maria Rita, Paula, Maeli, Luana, Giulia, Vivian, Jhenyfer, Renato, Isaías e Matheus, por terem tornado minha caminhada neste curso mais leve e ainda mais bonita. Eles se tornaram a minha família, me fizeram forte sem nem saberem e foram o meu combustível ao longo desses anos. Deus uniu meu caminho ao deles porque sabia que eu precisava aprender com a história de cada um e para que minha saudade de casa fosse suavizada pelo amor e carinho que eles dedicaram a mim! A palavra é gratidão e felicidade por tê-los em minha vida.

Aos meus amigos do Ministério Público Federal: Dr. Rodrigo Lines, Raquel Neves, Camilla Assumpção, Rachel de Luca e Marcelo Brandão, por terem me ensinado tanto ao longo desses anos, por fazerem de mim um diamante bruto sendo lapidado, por acreditarem em meu potencial e, acima de tudo, pelo carinho e respeito que sempre ofereceram a mim. Muito obrigada por me mostrarem que não preciso ter medo de sonhar e que sou muito mais capaz do que imagino. Grata a Deus por tê-los conhecido e pela amizade que construímos!

Às minhas amigas, Dora e Maria Antônia, pelo companheirismo, cuidado, carinho e amizade. Deus foi bom cruzando meu caminho ao delas e por me permitir aprender tanto com cada uma delas.

E, por fim, mas não menos importante, agradeço à minha orientadora, Junya Barletta, por toda a atenção e dedicação que me proporcionou ao longo deste trabalho; por ter sido essa professora tão atenciosa, solícita e paciente. Com seus ensinamentos e sua forma de ver o sistema jurídico aprendi que, enquanto profissional e ser humano, preciso lutar pela correta aplicação do Direito.

Essa conquista tem uma parcela de cada uma dessas pessoas porque nada nessa vida nada se constrói sozinho.

FELIZ É AQUELE QUE ENCONTRA AMIGOS PELO CAMINHO!

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o Princípio da Presunção de Inocência, basilar na sistemática processual-penal brasileira e um dos mecanismos de defesa do indivíduo acusado contra o poder de punir exacerbado do Estado. Este princípio, cláusula pétrea vislumbrada no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, tem sido posto em voga com a possibilidade de Execução da Pena Antes do Trânsito em Julgado de sentença penal condenatória, defendida por muitos operadores do Direito e pela população, que acredita ser esta a única saída para apaziguar à impunidade crescente no Brasil, sem perceber o quão prejudicial é o levante desta bandeira para o indivíduo menos abastado e para a nação brasileira como um todo. Ademais, mostrou-se necessário trazer à baila o forte ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, que há muito tem usurpado o papel do Poder Legislativo e, conseqüentemente, perdido sua credibilidade como guardião da Carta Magna de 1988 – perda esta notoriamente demonstrada em sua inconstância ao decidir, horas a favor e horas contra, a execução antecipada da pena fora dos ditames permissivos processualmente.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Execução Antecipada da Pena. Supremo Tribunal Federal. Constituição Federal. Processo Penal.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the Principle of the Presumption of Innocence, which is fundamental to the Brazilian procedural-penal system and one of the mechanisms of defense of the accused individual against the power of the State to exaggerate punishment. This principle, a sturdy clause glimpsed in art. 5, LVII of the Federal Constitution of 1988, has been brought into vogue with the possibility of the execution of the sentence of a criminal sentence in court, defended by many operators of the Law and by the population, who believe that this is the only way to appease the growing impunity in Brazil, without realizing how harmful the raising of this flag is to the less wealthy individual and to the Brazilian nation as a whole. Furthermore, it has proven necessary to bring to light the strong judicial activism of the Federal Supreme Court, which has long usurped the role of the Legislative Branch and, consequently, lost its credibility as guardian of the 1988 Constitution - a loss notoriously demonstrated in its inconstancy by deciding, hours in favor and hours against, the early execution of the sentence outside the procedural permissive dictates.

Keywords: Presumption of Innocence. Early Execution of the Penalty. Supreme Court. Federal Constitution. Criminal Proceedings.

ABREVIATURAS

ADC: Ação Direta de Constitucionalidade

AGU: Advocacia-Geral da União

CADH: Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CPC: Código de Processo Civil

CPP: Código de Processo Penal

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

DDHC: Declaração de Direito do Homem e do Cidadão

DIDH: Direito Internacional dos Direitos Humanos

DUDH: Declaração Universal de Direitos Humanos

HC: Habeas Corpus

MP: Ministério Público

OAB: Ordem dos Advogados do Brasil

PCdoB: Partido Comunista do Brasil

PEC: Processo de Emenda Constitucional

PEN: Partido Nacional Ecológico

PGR: Procuradoria-Geral da República

PIDCP: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PT: Partido dos Trabalhadores

REsp: Recurso Especial

RE: Recurso Extraordinário

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. Princípio da Presunção de Inocência e Princípios Garantistas do Processo Penal	16
1.1 O Princípio da Presunção de Inocência: seu papel frente ao acusado	16
1.2 Constituição Federal de 1988: força e normatividade do art. 5º, LVII	20
1.3 Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil	22
1.4 Processo Penal e seus princípios	28
2. Execução Antecipada da Pena e seus reflexos no Ordenamento Jurídico pátrio	35
2.1 Ponderação, proporcionalidade e interpretação constitucional	35
2.2 A estrutura do sistema jurídico pátrio estipulada pela Constituição Federal	39
2.2.1 Primeira Instância	41
2.2.2 Segunda Instância	41
2.3 Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal	43
2.4 A morosidade da justiça brasileira nos seus julgamentos	46
2.5 Do efeito suspensivo: Recurso Especial e Recurso Extraordinário	48
3. Da inconstância do Supremo Tribunal Federal traduzida em seus julgamentos	54
3.1 Diferenciação entre Execução Provisória da Pena e Prisão Cautelar	55
3.1.1 Mas afinal, o que é a execução antecipada da pena?	55
3.1.2 O que é prisão cautelar e quais são suas espécies?	58
3.2 A esperança no restabelecimento da força normativa da Constituição Federal ressurgiu com a nova decisão do STF	63
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	76

INTRODUÇÃO

O princípio constitucional da presunção de inocência tem sido posto em voga nos últimos tempos, devido ao retrocesso nos entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da possibilidade de prisão em segunda instância do acusado que ainda possui recursos a serem analisados pelas instâncias superiores. Tais entendimentos do Supremo têm sido, por deveras, voláteis e contraditórios, causando uma insegurança jurídica acerca do que dispõe o Ordenamento Jurídico pátrio, propiciando um colapso entre os princípios constitucionais e processuais penais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) disciplina **o princípio da Presunção de Inocência** – inciso LVII, art. 5º –, expondo que o acusado apenas será considerado culpado após sentença penal transitada em julgado, disposição esta corroborada na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH – art. 8.2), conhecida como Pacto São José da Costa Rica, e pode ser inferida, também, no art. 283, do Código de Processo Penal Brasileiro - CPP (Decreto-Lei nº 3.689/1941).

Ou seja, trata-se este princípio de cláusula pétrea, sendo fundamental para que arbitrariedades não sejam cometidas na esfera processual-penal a partir de uma interpretação errônea e/ou equivocada do texto constitucional, fazendo com que o acusado comece a responder por um crime que, talvez, não tenha cometido. Ademais, visa evitar que o juiz baseie sua decisão em ‘achismos’ e restrinja a via recursal do indivíduo, visto que se está diante da vida humana – que é um bem inviolável e deve ser protegido de todas as formas –, bem como da dignidade daquele a quem se está imputando um fato criminoso, por mais que pareça o contrário.

Por sua vez, a insegurança jurídica torna-se evidente com a análise do *Habeas Corpus* nº 126.292/2016 – ministro-relator Teori Zavascki –, no qual o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento quanto a execução antecipada da pena, passando a entender possível que o acusado comece a cumprir pena antes do trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória. Decisão esta corroborada em novembro de 2016 com o *Habeas Corpus* nº 964.246, também de relatoria do ex-ministro Teori Zavascki.

A mudança se baseou no argumento de que a execução antecipada em nada compromete

o princípio da presunção de inocência, bem como no de que o julgamento do Recurso Extraordinário e Especial não suspendem os efeitos processuais das sentenças proferidas em 1ª e 2ª instância, não interferindo em tal antecipação. Esse entendimento não inova em nada na esfera jurídica, mas expressa apenas um retrocesso na forma como o Supremo entende a execução antecipada da pena. Haja vista que restou decidido no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 71.959/1995.

Nesse íterim, há que se falar da Interpretação Constitucional que também se mostra um risco ao sistema pátrio, porque as atuais interpretações acerca do princípio da presunção de inocência e da constitucionalidade do art. 283, CPP colocam em xeque a sistemática jurídica brasileira, já que permitem que o entendimento jurisprudencial se sobreponha ao texto taxativo da lei.

Diferentemente da ideia do risco a que se refere o parágrafo anterior, alguns doutrinadores, como o Ministro Luís Roberto Barroso¹, consideram a interpretação constitucional como um meio de determinações de significados de todo o texto constitucional, não retirando sua intenção original. Para para eles a interpretação seria o meio necessário para amoldar a Lei Maior à realidade da sociedade, só que isso seria ideal e benéfico senão restringisse direitos.

Face à tais considerações, percebe-se que tal assunto gera vasta discussão e ainda não está pacificado na esfera jurisprudencial, mesmo que exista norma constitucional e infraconstitucional no sentido da impossibilidade do cumprimento da aplicação da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal.

Daí porque a temática a ser abordada tem por finalidade discutir e analisar os novos entendimentos do Supremo Tribunal Federal que perpassam pelo princípio da presunção de inocência e pela interpretação constitucional, bem como analisar os precedentes e os efeitos abertos desde 1995, com o Recurso em *Habeas Corpus* nº 71.959, no âmbito processual.

E, no tocante aos objetivos específicos, pretende-se analisar a execução da pena antes do trânsito em julgado diante da violação ao princípio da presunção de inocência e ao cerceamento

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 707.

de direitos e garantias constitucionais, tais como direito à ampla defesa, direito ao contraditório, direito ao devido processo legal, dignidade da pessoa humana e, principalmente, o direito de liberdade frente à inconstância no entendimento do STF quanto a temática.

Nesse sentido, o primeiro capítulo abordará o Princípio da Presunção de Inocência e os Princípios Garantistas do Processo Penal, fazendo uma análise desde a força e a legitimidade do art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 até as especificidades do Processo Penal e de seus princípios quanto o tema.

Já no segundo capítulo, pretende-se analisar a execução antecipada da pena e os seus reflexos no ordenamento jurídico pátrio, analisando a existência ou não dos recursos extraordinário e especial, da morosidade dos julgamentos e as instâncias superiores brasileiras.

Por fim, no terceiro capítulo será feita a análise do *Habeas Corpus* de nº 84.078/2009, *Habeas Corpus* nº 126. 292 e do Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246, bem como analisar o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) de nºs 43, 44 e 54, que mudaram, mais uma vez, o entendimento do STF sobre a execução da pena antes do trânsito em julgado e reconheceu a constitucionalidade do art. 283, CPP com o princípio da presunção de inocência.

1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRINCÍPIOS GARANTISTAS DO PROCESSO PENAL

1.1 O Princípio da Presunção de Inocência: seu papel frente ao indivíduo acusado

*"Um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada"*².

Esta frase foi apresentada no livro de Cesare Beccaria, "Dos delitos e das Penas" e dela já se pode inferir o Princípio da Presunção de Inocência como aquele que visa impedir que o indivíduo que responde a algum processo criminal seja restringido de sua liberdade de ir e vir indevidamente.

Essa preocupação com o direito do acusado, já era vislumbrado no âmbito internacional desde o final do século XVIII, considerando que diversos tratados internacionais, tais como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, foram realizados com a pretensão de proteger à liberdade do indivíduo, mesmo que fosse ele acusado por algum crime, pois já se entendia que aquele acusado tinha o direito de permanecer em liberdade enquanto existissem dúvidas de sua culpabilidade no crime que lhe foi imputado e os mecanismos defensivos ainda não tivesse sido esgotados.

O ordenamento jurídico pátrio só internalizou este princípio com o advento da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, que o dispôs de forma expressa como um dos direitos e garantias do indivíduo apresentado no inciso LVII, de seu art. 5º³. Em tal artigo há a previsão de que *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória"*.

Ou seja, este é um princípio que visa proteger o indivíduo do poder punitivo exacerbado

² BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 69.

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 out 2018

do Estado e das instâncias judiciais, bem como impedir que arbitrariedades sejam cometidas na esfera processual-penal a partir de uma interpretação errônea ou equivocada do texto constitucional, que reflita na possibilidade do acusado começar a cumprir antecipadamente a pena de um crime que, talvez, não tenha cometido.

Por esta razão, o autor Gustavo Badaró⁴ afirma (p.57) que seu conteúdo pode ser vislumbrado sobre três óticas, a saber: 1) garantia política, 2) regra de tratamento do acusado e regra probatória.

A Garantia Política do cidadão consiste no reflexo da cultura social e na organização política do Estado, que tem por dever tratar o indivíduo como inocente, garantindo sua liberdade face ao interesse coletivo à uma repressão penal. Quanto a esta ótica Badaró aponta que (p. 57):

"[...]O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, o in dubio pro reo. A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria [...]"

Nesse diapasão, Aury Lopes⁵ (p. 109) dispõe que a presunção de inocência é um mecanismo de proteger o acusado da exacerbada publicidade e estigmatização feita ao réu, que ocorre, muitas vezes, em nome do interesse coletivo à repressão penal.

No tocante à Regra de Tratamento do Acusado, Badaró afirma que é a impossibilidade do acusado ser considerado culpado ao longo da persecução penal, que são vislumbradas na vedação imposta às prisões automáticas ou obrigatórias, salvo as cautelares. O autor ainda aponta a impossibilidade de execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado como uma repercussão dessa regra (p. 58).

Aury Lopes, dispõe (p. 108, *in fine* e p. 109) que a presunção de inocência é um princípio

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 1110.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. p. 1596.

que, por si só, já impõe um dever de tratamento, já que determina que o indivíduo seja tratado como inocente até o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória. E ainda distrincha essa regra em duas dimensões, a saber:

*"Na **dimensão interna**, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (in dubio pro reo); ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Enfim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regras de tratamento e regras de julgamento para o juiz.*

***Externamente ao processo**, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência."*

Já a Regra Probatória perfaz-se, segundo Badaró (p. 57-58), no dever do acusador trazer prova do que alega, para que a culpa do indivíduo reste comprovada e possa ser proferida uma sentença condenatória sem qualquer equívocos.

Ele ainda afirma que tal regra pode ser entendida como regra de julgamento (visão técnico-jurídica), já que é utilizada sempre que existirem dúvidas quanto a algum fato necessário para o proferimento da sentença. Por este motivo, pode ser confundida com o princípio do *in dubio pro reo*, porquanto o indivíduo poderá ser absolvido quando existirem dúvidas acerca de sua culpabilidade.

Aury Lopes (p. 44) traduz muito bem essa similitude entre esta regra e o princípio do *in dubio pro reo*, veja:

" Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o in dubio pro reo. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. "

Outrossim, o autor complementa seu ponto de vista afirmando que (p.44-45):

"O in dubio pro reo não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é

atribuída. (...) O in dubio pro reo só incide até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, na revisão criminal, que pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, não há falar em in dubio pro reo, mas sim em in dubio contra reum. O ônus da prova quanto às hipóteses que autorizam a revisão criminal (CPP, art. 621) recai única e exclusivamente sobre o postulante, razão pela qual, no caso de dúvida, deverá o Tribunal julgar improcedente o pedido revisional "

Dessa forma, percebe-se que sem o Princípio da Presunção de Inocência o indivíduo acusado por determinado crime estaria completamente à mercê do poder punitivo do Estado, fosse ele exacerbado ou não.

Por sua expressão o indivíduo deve manter seu status de inocente até o trânsito em julgado de sua condenação penal, assim como impõe ao acusador que comprove os fatos que imputa ao outro, demonstrando que o sistema acusatório é uma via de "mão-dupla" e que é preciso prova do que se alega para que a máquina judicial seja movida de forma correta e fidedigna.

Ademais, o art. 60, §4º, I ao IV, da CRFB⁶ prevê um rol de assuntos que não podem ser modificados e abolidos do texto constitucional, por se tratarem de cláusulas pétreas – os autores Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁷ (p. 1740) afirmam que estas cláusulas pétreas são "[...] *limites materiais à reforma da Constituição objetivam assegurar a permanência de determinados conteúdos da Constituição, em virtude de sua relevância para a própria identidade da ordem constitucional*", sendo estes conteúdos essenciais para o ordenamento pátrio.

E complementam o entendimento acerca dessa impossibilidade de se modificar cláusulas pétreas, dispondo que

"A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão desses limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração."

⁶ art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos poderes e IV- os direitos e garantias individuais.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. P. 2269.

Assim, entende-se que o Princípio da Presunção de Inocência é cláusula pétrea prevista no inciso LVII, do art. 5º da Lei Maior, como um direito individual do sujeito, que não pode ter sua liberdade cerceada antes do trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória. E, por ser considerado como tal, não se pode cogitar interpretação que viole/modifique o que está previsto no artigo constitucional para viabilizar a execução antecipada da pena.

1.2 Constituição Federal de 1988: força e legitimidade quanto ao art. 5º, LVII

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada como mecanismo de defesa e proteção do cidadão brasileiro, sendo entendido pelo filósofo Hans Kelsen como Norma Suprema que regulamenta e rege todo o Ordenamento Jurídico pátrio. Assim, pode-se dizer, de forma *um passant*, que a Lei Maior pode ser vista sob uma ótica substancial/material e formal, segundo entendimento exarado no livro Curso de Direito Constitucional, do ministro Gilmar Ferreira Mendes⁸ (p. 84-87).

A primeira (ótica substancial/material) diz que a Constituição seria aquela que possui um conjunto de normas que limitam as competências e como os órgãos estatais serão dirigidos, garantido a população segurança quanto aos seus direitos fundamentais.

Além disso, a Carta Magna teria o papel de criar as bases de convivência livre, num ambiente equitativo e respeitoso, a todos os cidadãos. No sentido formal a Constituição seria aquela sistematizada em texto, disciplinando suas diretrizes e comandos, englobando todas as normas do poder constituinte originário.

Funcionando como uma fonte norteadora do direito pátrio, a Constituição Federal estipula como princípios basilares: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º, CRFB/1988).

A Lei Maior inaugura no Título II, Capítulo I o art. 5º, abrangendo os direitos e deveres fundamentais do indivíduo e da coletividade, importantes para resguardá-los de comandos arbitrários por parte daqueles que detêm o poder e disciplinando a igualdade legal entre brasileiros e estrangeiros residentes no país.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 2051.

Este artigo é um dos artigos mais importantes de toda a narrativa constitucional, porquanto apresenta um rol de princípios norteadores da sistemática jurídica, tais como o da Ampla Defesa e do Contraditório, o do Devido Processo Legal e, o princípio basilar desta pesquisa, o princípio da **Presunção de Inocência** – disciplinado no inciso LVII.

Como abordado anteriormente, o supracitado princípio está previsto no inciso LVII, do art. 5º deixa claro que nenhuma pessoa poderá cumprir pena por crime que lhe tenha sido imputado sem haja sentença penal condenatória transitada em julgado, pois é a partir deste momento que o juiz exare seu convencimento final e emana uma decisão sem dúvidas sobre a culpabilidade do indivíduo.

Apesar de tal normativa dispor, taxativamente, que ninguém poderá cumprir pena sem que sua culpa reste comprovada, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal têm demonstrado que o assunto não está pacificado nas instâncias superiores e que os ministros utilizam meios de adequar a norma constitucional a seu bel prazer⁹ e por pressão política e da mídia, o que propicia o seguinte questionamento: **qual é a força e a legitimidade da Constituição pátria face ao inciso LVII, que funciona como cláusula pétrea?**

Por mais irônico e incoerente que deva parecer, já que o texto constitucional foi criado pelo Poder Constituinte Originário com o fim precípua de ser norma suprema, com força vinculante e aplicada legitimamente pelos seus guardiões, este questionamento não possui uma resposta efetiva e precisa.

A imprecisão para se afirmar a força e legitimidade do art. 5º, LVII da Carta Magna decorre do fato de que os ministros, não conseguem encontrar um ponto de equilíbrio entre seus entendimentos e como resultado afrontam e ignoram o caráter de cláusula pétrea que a mesma dispõe a alguns artigos.

Assim, não há como dizer que existe força positiva e legítima quanto a este princípio constitucional uma vez que é incoerente e inconstitucional utilizar uma interpretação eivada de

⁹ Faz-se essa afirmativa devido aos recentes casos da Operação Lava-Jato, que propiciaram que diversos acusados fossem presos sem que a via recursal fosse esgotada, como aconteceu com o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva em maio de 2018.

vícios e de preceitos que vão contra os direitos garantistas inerentes a uma pessoa que sequer foi definitivamente considerada culpada.

Em consonância a afirmativa acima apresentada, importa ressaltar que os legisladores utilizam o argumento de que a antecipação tem como viés a Prisão Preventiva, necessária para o êxito do processo e de suas investigações. No entanto, esse argumento não passa de um mecanismo para se tentar camuflar o caráter de sanção que ela possui.

Reafirma-se, então, que o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que disciplina o princípio da presunção de inocência, tornou-se “ilegítimo” e sem força, isto porque não atinge seu fim precípuo que é resguardar o indivíduo e assegurar que ele não tenha seu direito à liberdade, ao devido processo legal e a ampla-defesa violada diante de um cumprimento indevido da pena antes do trânsito em julgado, assim como põe em crise o Estado Democrático de Direito pelas constantes violações e distorções aos princípios basilares da legislação nacional.

1.3 Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil

O princípio da Presunção de Inocência/não culpabilidade não é um princípio recente na esfera internacional, considerando que desde o século XVIII alguns tratados foram firmados vislumbrando-o de forma atrelada aos direitos humanos. Estes tratados foram fundamentais para que o princípio fossem incorporado no país por meio da Carta Magna.

Antes, contudo, faz-se necessário traçar uma linha cronológica até a criação destes, bem como o contexto histórico que propiciou a internalização no ordenamento jurídico pátrio.

A Primeira Guerra Mundial (1914-1918), também conhecida como “*Guerra das Guerras*”, foi uma guerra instaurada no continente europeu, marcada por revanchismos e insatisfações no mercado comercial – principalmente entre Alemanha e França – que se desenvolvia à época. Seu estopim aconteceu com a morte do arquiduque Francisco Ferdinando.

Daí em diante a Primeira Guerra tomou rumos catastróficos, dado os avanços tecnológicos na indústria bélica assim como pelos gases tóxicos emitidos, perdurando longos 4 anos, até que os Estados Unidos da América entraram na guerra propondo o Tratado de Versalhes – que propiciou a vitória da França sobre a Alemanha, mas sem determinar que esta

indenizasse os demais países pelos estragos causados na guerra. No entanto, nem mesmo aquele e o elevado índice de mortalidade em tal guerra impediram que um novo confronto entre os países da Europa e demais continentes se instaurasse.

A Segunda Guerra Mundial foi um conflito global, extremamente, armado que ocorreu entre 1939 e 1945. Essa guerra teve resquícios do fascismo italiano, com Josef Stalin, e, também, das insatisfações com o resultado da Primeira Guerra, já que o Tratado de Versalhes imputou a culpa da deflagração de tal guerra à Alemanha, sancionando-a¹⁰ com a perda de suas colônias e de seu poder de armamento.

Adolf Hitler foi o mentor desta guerra, utilizando-se do preceito de que a Alemanha deveria ser liderada pelos arianos, que seriam a espécie pura dos alemães sem qualquer diversidade cultural. Dentro desse ideal cultural, Hitler começou a pôr em prática o expansionismo germânico para que se pudesse atingir o chamado “*lebensraum*”, que era considerado por ele como o território ideal e digno aos alemães.

Seu plano expansionista ocorreu em três momentos, a saber: i) invasão e domínio da Áustria em 1938, território este que o mentor entendia ser por direito da Alemanha desde a grande guerra que a antecedeu; ii) anexação dos Sudetos, que equivaleria ao território da Tchecoslováquia e, posteriormente, iii) a anexação do território polonês, por meio de um falso argumento de que esse país teria atacado o espaço alemão.

A audácia do ditador em dominar todos esses territórios, demonstrava claramente que o mesmo tinha o ideal/concepção doentia de que o Estado Germânico estava acima dos demais, bem como de que sua população havia sido prejudicada economicamente pelo povo judeu e cigano, pelos homossexuais e pelos portadores de deficiência.

Essa guerra culminou na morte de milhões de pessoas, só findando com a derrota da Alemanha e de seus aliados, em 1942/1943, no que ficou conhecido como “*Derrota do Eixo*”.

¹⁰ Essa sanção imposta pelo Tratado de Versalhes fez com que ao estado alemão atravessasse uma grande crise econômica, que se agravou com a ‘Crise de 1929’ instaurada no Estados Unidos da América. Essa crise piorou o status da Alemanha e puseram em xeque sua derrota na Primeira Guerra Mundial, piorando ainda mais a irredenção dos alemães. Foi nesse contexto de ressentimento, que os alemães se filiaram ao Partido Nazista de Adolf Hitler.

Nesse contexto, dada as milhares de mortes brutais e cruéis ocorridas, surgiu o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), visando a proteção do indivíduo dentro e fora da esfera de seu país, como deixa bem claro a autora Flávia Piovesan (2013¹¹):

“Perceber-se-á que, em face das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional. Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva. São criados parâmetros globais de ação estatal, que compõem um código comum de ação, ao qual os Estados devem se conformar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos”. Grifou-se

A autora completa, ainda, dizendo que o Direito Internacional dos Direitos Humanos se perfaz em um conjunto normativo, que visa resguardar os indivíduos e instaurar o respeito na esfera mundial, além de ressaltar que essa visão protetiva¹² só surgiu posteriormente às trucidâncias e atrocidades das guerras narradas alhures, sendo agora um mecanismo de proteção e garantias quanto aos direitos fundamentais e de locomoção dos sujeitos (p. 46).

Assim, pode-se dizer que Flávia Piovesan entende existir uma ligação extremamente forte entre o Direito Constitucional brasileiro, com a Constituição Federal de 1988, e o Direito Internacional de Direitos Humanos, considerando assim a existência de um Direito Constitucional Internacional - este seria o responsável pela internacionalização dos tratados internacionais no país.

Feitas tais considerações, partir-se-á para a análise de alguns Tratados Internacionais criados após os fatores acima expostos, que trataram do princípio da presunção de inocência.

A Declaração de Direito do Homem e do Cidadão de 1789 (DDHC), foi firmada na França, por intermédio da Assembleia Nacional, na qual visavam estabelecer os direitos naturais e inalienáveis do homem. Seu preâmbulo¹³ previa que:

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª edição, revisada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 478.

¹² Flávia Piovesan dispõe ainda que “importa esclarecer que a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, ao constituir uma garantia adicional de proteção, invoca dupla dimensão, enquanto: a) parâmetro protetivo mínimo a ser observado pelos Estados, propiciando avanços e evitando retrocessos no sistema nacional de direitos humanos; e b) instância de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas no dever de proteção desses direitos” (p.47).

¹³ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Concepção do projeto da biblioteca virtual: Professora Maria Luiza Marcílio. **Declaração de Direito do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0>

"Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão" – grifou-se

Veja que apesar de ter sido estabelecida no século XVIII, a Declaração é atual, pois já naquela época previa que a ignorância e o desprezo pelos direitos fundamentais do outro são as causas do mal público e da corrupção dos Governos – o que exemplifica claramente a atual situação do Brasil, em que diversos direitos dos cidadãos têm sido desrespeitados em nome de um bem maior que, de fato, só existe para a classe mais abastada e prejudica aqueles postos à margem da sociedade, exemplo disso é o levante da bandeira, por parte da sociedade, requerendo a execução antecipada da pena, a volta ao poder dos militares e/ou o AI-5.

Inferre-se de seu art. 9º o princípio da Presunção de Inocência, porquanto o mesmo previa que *"todo acusado é considerado inocente até ser declarado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido por lei"*.

Salienta-se que esta declaração foi criada no contexto pós abolição da Monarquia Absolutista francesa e do estabelecimento da República Francesa. Ela serviu como o primeiro aparato para a criação de uma constituição para a recém estabelecida república. Ela também deu origem à Declaração dos Direitos Humanos de 1948, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

No tocante a **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH)**, prevista pela Organização das Nações Unidas (ONU), cabe mencionar que a mesma foi a precursora do princípio da Presunção de Inocência no Brasil. Contudo, só foi introduzida no ordenamento

cria%20o-da-Sociedade-das-Na%20es-at%201919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 20 nov 2019.

pátrio em 1988 com a Carta Magna.

A Declaração prevê em seu artigo 11¹⁴ o seguinte:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

Além de prever o princípio objeto deste estudo, a DUDH também foi uma marco quanto os direitos humanos, por ter sido o primeiro documento jurídico internacional que previu um rol amplo e completo de tais direitos humanos. Foi aprovada em mais de 48 países, propiciando uma mudança nas relações internacionais até então tidas¹⁵.

Já o **Pacto Interacional sobre os Direitos Civis e Políticos**¹⁶ (PIDCP) foi promulgado em 1966, por intermédio da Resolução nº 2.200 da Assembleia Geral da ONU. O mesmo entrou em vigor apenas em 1976 e foi ratificado pelo Brasil, quando do governo do ex-presidente José Sarney, em 1985 (efetivamente o pacto só foi incorporado no país em 1992 por meio do Decreto nº 592).

O autor Valerio de Oliveira Mazzuoli¹⁷ (2019, p. 1323-1324) apresenta uma conceituação acerca deste Pacto, que mostra-se oportuno destacá-la aqui:

“é o instrumento que atribui obrigatoriedade jurídica à categoria dos direitos civis e políticos versada pela Declaração Universal de 1948 em sua primeira parte. Sua intenção é a de proteger e dar instrumentos para que se efetive a proteção dos chamados “direitos de primeira geração”, aqueles que foram historicamente os primeiros a nascerem no contexto do constitucionalismo moderno, fruto da obra dos grandes filósofos do Iluminismo e das declarações de direitos que se seguiram, das quais merecem destaque a norte-americana de 1776 e francesa de 1789.”

Além disto afirma (p.1324) que o rol de direitos civis e políticos apresentados neste Pacto

¹⁴ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Concepção do projeto da biblioteca virtual: Professora Maria Luiza Marcílio. **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 20 nov 2019.

¹⁵ _____. **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948**. São Paulo: Portal Educação. Disponível em <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/declaracao-universal-dos-direitos-do-homem-1948/21858>>. Acesso em 20 nov 2019.

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Brasília, DF: Planalto. Diário Oficial da União em 07 de julho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 20 nov 2019.

¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2019. P. 1797.

são mais amplos e rigorosos do que os apresentados na DUDH. E também dispõe que este enfrentou certa resistência por parte dos Estados que o ratificaram em aceitar os mecanismos de supervisão e monitoramento dos direitos que ele apresenta, que ficam ao encargo do Comitê de Direitos Humanos (p. 1325).

O princípio da Presunção de Inocência pode ser identificado em seu art. 14.2¹⁸, o qual dispõe que "*Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*".

Por sua vez, a **Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)**, também conhecida como Pacto São José da Costa Rica, foi promulgada em 1969 como meio de corroborar normas cogentes existentes. Cediço é seu papel complementar à proteção dos Estados, prevendo a proteção dos direitos civis e políticos dos indivíduos que os ompõem.

Esta Convenção surgiu como um mecanismo de corroboração das teses firmadas em diversos tratados internacionais acerca dos Direitos Humanos e em seu preâmbulo é possível ver claramente qual é o seu fim precípua, que é garantir a liberdade pessoal e a justiça social do indivíduo, bem como a defesa dos maiores fracos e vulneráveis, em situações que, claramente, há uma desigualdade e um risco aos seus direitos quanto a sua dignidade como cidadão e pessoa humana.

É nessa máxima de proteção/defesa do indivíduo, independente da proteção em âmbito interno, que a Convenção previu garantias judiciais ao sujeito que reiteram o que dispõe o inciso LVII, art. 5º da Lei Maior acerca da presunção de inocência do indivíduo que está respondendo à ação penal. Apesar de reiterar o disposto na normativa constitucional referenciada, a Convenção cria uma visão da presunção de inocência como sendo um direito assegurado ao indivíduo acerca do duplo grau de jurisdição¹⁹.

O art. 8º.2²⁰ da supracitada Convenção dispõe que "*Toda pessoa acusada de um delito*

¹⁸ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Concepção do projeto da biblioteca virtual: Professora Maria Luiza Marcílio. **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 20 nov 2019.

¹⁹ MELO, Sheyla Alves de. **Princípio da Presunção de Inocência: entre a CF/88 e a CADH**. Jurisway: Sistema Educacional On-line. 25 fev 2014. Disponível em <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12839>. Acessado em 20 jun 2019.

²⁰ BRASIL. Legislação de Direito Internacional. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969**. Organização: Aziz Tuffi Saliba. 6ª edição. São Paulo: Editora Rideel. 2011. P. 189- 198

tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas [...]’. O que permite entender que esta Convenção é uma fonte subsidiária e reafirmativa do princípio da presunção de inocência face ao poder punitivo do Estado, mas sob uma perspectiva internacional.

Embora a Convenção e o Pacto, como os demais tratados, não imponham a necessidade do trânsito em julgado ao tratarem do princípio da presunção de inocência, vige no Direito Internacional dos Direitos Humanos o entendimento de que quando houver duas normativas que tratem de um determinado direito ou liberdade, deverá ser aplicada no caso concreto aquela que mais amplie ou que mais tutele o direito em referência, que no caso, é a Constituição de 1988 e não o tratado.

Importante frisar que, no Brasil, os tratados sobre direitos humanos têm caráter infraconstitucional, mas supralegal, ou seja, esses tratados estariam hierarquicamente abaixo da Carta Constitucional, entendimento este extraído dos §§ 2º e 3º, do Art. 5º, da Constituição Federal. E, além disso, cabe dizer que a presunção de inocência, tanto na Constituição Federal quanto na CADH, no PIDCP e demais tratados internacionais, faz saltar aos olhos que se quer evitar que o acusado passe por momentos degradantes e depreciativos - como utilizar algemas, a exposição exacerbada nos veículos de comunicação e etc. -, sem sequer existir a certeza de sua culpa.

Ademais, não se pode utilizar, levianamente, do argumento de que as recentes decisões acerca da possibilidade da prisão em segunda instância têm se pautado em interpretações de tais comandos normativos, considerando a crise social e econômica que o Brasil tem vivido. Isto porque, essas interpretações tem se mostrado apenas fonte de punição daqueles que detêm o poder de aplicar a lei.

1.4 Processo Penal e seus princípios

O processo penal brasileiro (Decreto-Lei 3.689/1941), é o mecanismo pelo qual aplica-se a pena ao sujeito, que lhe proporciona garantias processuais, bem como funciona como meio de controlar o poder de punir do Estado.

Há que se falar que o processo penal pátrio se dividiu em: i) **inquisitivo**: aquele em que o poder de acusar, defender e punir misturava-se na figura do Juiz; ou seja, nessa espécie de

processo penal não havia a possibilidade de contraditório, já que o réu era tratado como um objeto e não como parte, como um sujeito no processo, assim como o processo era escrito e sigiloso e ii) **acusatório**: é aquele no qual as funções de acusar, defender e punir não se misturam mais na figura do Juiz Acusador, passando a ser um processo de partes; há, agora, a presença do contraditório, o que possibilita que o processo seja oral e público - é nessa espécie de processo penal que há a presença da Presunção de Inocência, na qual se pressupunha que o acusado permaneceria em liberdade até o trânsito em julgado.

Acredita-se que o sistema processual penal vigente no Brasil seja **misto**, havendo um ponto de convergência entre o sistema inquisitivo e o sistema acusatório. Inicialmente, na fase do inquérito policial, p. ex., o sistema seria inquisitivo com a investigação preliminar, sem a possibilidade do contraditório, e, posteriormente, a fase judicial com a figura do acusador imputando a alguém, por meio da denúncia e/ou queixa-crime, a prática de um crime.

A sistemática processual penal é revestida de princípios que lhe embasam, como o princípio da Presunção de Inocência, objeto de análise deste estudo. Entretanto, além de abordar o princípio supracitado, dar-se-á espaço à análise dos princípios do Juiz Independente e Imparcial, do Contraditório e da Ampla-Defesa e do Devido Processo Legal.

Assim como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, o processo penal brasileiro trata do princípio da Presunção de Inocência (art. 283), no entanto, como o Princípio da Não-Culpabilidade, que em nada difere daquele, como exarado por Gustavo Henrique Badaró²¹:

“Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um conteúdo idêntico. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito” (2018, p. 65). Grifou-se

Este seria um princípio basilar da sistemática processual, para que seja respeitada a dignidade e os direitos essenciais da pessoa humana, para que seja estabelecido um juízo de

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6ª Edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Revista dos Tribunais. 2018. P.1229.

certeza entre a autoria e o crime – por mais que, atualmente, pareça que essa premissa não seja respeitada.

O princípio do **Juiz Independente e Imparcial** é aquele que determina que o juiz se submete à lei e à Constituição Federal, sem fazer prevalecer sua opinião sobre quaisquer fatos. Importa mencionar a Operação Lava Jato e as decisões incoerentes do Supremo Tribunal Federal, no qual a primeira, com as atuais reportagens divulgadas pelo jornal “*The Intercept Brasil*” quanto ao ministro Sérgio Moro e o procurador federal Deltan Dallagnol, se mostra eivada de parcialidade nas decisões dos magistrados, e o segundo mostra que seus ministros decidem, em alguns casos, de acordo com seus interesses pessoais e políticos e não de acordo com a lei e a Constituição Federal.

Quanto a este princípio, Badaró (p. 47, *in fine*) diz que “*embora os conceitos de independência e imparcialidade não se confundam, é inegável que independência judicial é condição (embora não suficiente) para que esta se possa manifestar a imparcialidade*”. O que o autor quer dizer aqui é que o juiz tem autonomia para decidir de acordo com o seu livre convencimento, desde que o acusado seja conduzido por um processo judicial justo, legal e imparcial.

Essa tal imparcialidade do juiz não é eximida de valorações. Pelo contrário, o magistrado refletirá em suas interpretações legais sua história de vida e sua visão de mundo, o que demonstra, que, no fundo, ele não é completamente imparcial, como bem apontou Gustavo Badaró (2018, p. 48). Não haveria como querer e/ou imputar ao juiz essa perfeição, porquanto, apesar de seu cargo, o mesmo é um ser humano dotado de opiniões e concepções, mas que por seu papel aja de forma justa e coerente.

Ou seja, esses seus pré-julgamentos e valorações não podem exceder, se sobrepor, aos ditames da lei, ao que ela normativiza, para que não coloque os direitos do indivíduo em xeque, bem como não invalide todo o processo penal e, por tabela, a confiança que a sociedade deposita no ordenamento jurídico pátrio.

Por sua vez, o autor Aury Lopes (2019²², p. 69-70) diz que o juiz imparcial é aquele que representa o Estado no processo, mas em uma posição de terceiro não-interessado. Essa posição,

²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2019. p. 1596.

nada mais é, do que uma forma do Estado fazer valer seu entendimento/vontade por meio de alguém, mascaradamente, alheio a relação processual: o magistrado.

Além disso, o autor dispõe que essa imparcialidade “cai por terra” quando o juiz age de forma a instruir o processo, já que passa a agir como um ator processual, remetendo, assim, ao sistema acusatório. Dessa forma, dispõe que:

“A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.”

Ou seja, este princípio não é amplamente aplicado, pois existe apenas no plano da teoria, já que na prática diversos óbices existem que dificultam sua real aplicação, como o seu papel instrutor/inquisitivo.

Nessa perspectiva, Guilherme Nucci²³ (p. 81) afirma que a imparcialidade do juiz é necessária porque vivemos em um estado democrático de Direito, em que leis devem ser respeitadas para o bem da população, e, por este motivo, é inconcebível que as opiniões do magistrado se sobreponham as normas legais e se materializem de forma dissociada, parcial, corrupta e desequilibrada – o que, diga-se de passagem, tem sido recorrente no Brasil, haja vista as decisões proferidas pelos magistrados que são, por deveras, arbitrárias e eivadas de interesses pessoais e motivadas por “inimizades de capital”²⁴.

No tocante ao princípio do **Contraditório**, oportuna dizer que é a possibilidade dada à parte acusada de refutar tudo aquilo que lhe foi imputado pelo autor da ação, indagando-o em busca da verdade sobre os fatos. Esse princípio corrobora a tese do sistema processual penal acusatório, visto que demonstra a atuação do autor e do acusado, assim como a do juiz, na esfera jurídica.

Nesse diapasão, Gustavo Badaró (2018, p.59) diz que:

“[...] o contraditório deixa de ser mera possibilidade para se transformar em uma realidade. Deve haver real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e a plenitude do contraditório”.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª edição, revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016. p. 1036.

²⁴ Inimizades de capital é uma expressão utilizada por Gustavo Nucci (2016, p.83) quando se refere à forma parcial em que o magistrado, em alguns casos, age devido a falta de traquejo e a isenção processual.

É com essa explanação que o autor aborda o que seria o Contraditório Efetivo e Equilibrado (2018, p.59). Badaró diz que esse contraditório demonstra que apenas a reação não se mostra mais suficiente para dar a efetiva chance do acusado se defender dos fatos ilícitos imputados contra ele, e que, portanto, seria necessário que a reação se debruçasse sobre critérios mais justos e, também, baseada na tese e na antítese com conteúdo e intensidade equivalentes.

Repita-se, o Contraditório é um princípio que visa dar a parte a chance de refutar o que foi a ele imputado, mas é necessário que todas as partes, inclusive o juiz, atuem de forma igualitária no processo. Salienta-se que este contraditório deve acontecer antes da decisão do magistrado.

Importante frisar, também, que a perspicácia do legislador ao estipular este princípio não está apenas em possibilitar a defesa constitucional do acusado ou de qualquer pessoa que tenha imputações/alegações feitas contra ele na fase pré-processual. Isto porque, existe a possibilidade de que o contraditório seja realizado em momento posterior – chamado Contraditório Diferido ou Postergado.

O acusado e/ou investigado só é comunicado das imputações feitas a ele após determinados procedimentos judiciais, nos quais precisam ser adquiridos sem a ciência do mesmo para o bom andamento do processo, conforme dispõe Norberto Avena²⁵ (p. 54).

No mais, é preciso lembrar que este princípio está previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, que dispõe que “*aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Já o princípio da **Ampla Defesa**, é um princípio que se conjuga com o anteriormente mencionado, apesar de não se confundirem. A ampla defesa é o direito do réu se defender e é um direito única e exclusivamente dele, também encontrando fundamento legal no art. 5º, LV, da Lei Maior.

²⁵ AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 9ª edição, revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense. São Paulo: Editora Método. 2017. p. 924.

Perfaz-se, então, no “*aspecto integrante do direito de ação. Ação e Defesa, antes de serem posições diversas ou antagônicas, representam apenas diferentes aspectos de exercício de uma mesma atividade*” (Badaró, 2018, p. 61).

Essa defesa, é feita sobre o viés Autodefesa, que é a defesa feita, propriamente, pelo indivíduo, pretendendo influenciar no convencimento do juiz. É o direito do acusado comparecer em audiências, auxiliando seu promotor, bem como de ser ouvido pela autoridade judiciária - este direito de ser ouvido pode ser renunciado e não reputará na verdade dos fatos (art. 5º, LXIII, CRFB/88) - e de recorrer pessoalmente, como dispõe o art. 577, do Código de Processo Penal.

Norberto Avena (2017, p. 55) traz um ponto muito importante acerca deste princípio e da possível sensação de que o sujeito está sendo acobertado. Veja:

“Observe-se que a ampla defesa não significa que esteja o acusado sempre imune às consequências processuais decorrentes da ausência injustificada a audiências, do descumprimento de prazos, da desobediência de formas processuais ou do desatendimento de notificações judiciais. Tudo depende das peculiaridades do caso concreto e natureza do prejuízo causado ao réu.”

Ou seja, este princípio preza apenas pela proteção do indivíduo contra os arbítrios estatal e contra o alto viés punitivista enraizado nos magistrados, que se exacerba se esses investigados/acusados englobarem a classe dos menos abastados e se forem eles negros.

Por fim, o princípio do **Devido Processo Legal** é um princípio expressamente expresso na Carta Magna, no inciso LIV e LV, do art.5º, *in verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Acerca dessa forma de constitucionalidade do princípio do supracitado, Badaró (2018, p.93), diz que “[...] é de um processo que se desenvolva perante um juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em prazo razoável”.

Assim, torna-se notório que esse princípio é o que garante toda a boa execução e desempenho dos demais princípios norteadores da sistemática processual penal, já que sem ele toda a sistemática resta-se comprometida.

O autor Paulo Rangel (2015²⁶, p. 68 e 76) diz que este princípio é a diretriz de todo o mundo jurídico e que todos os princípios derivam dele, além de representar um dos maiores mecanismos de defesa do indivíduo, pois o efetivo exercício da justiça é o que a sociedade espera.

Já o autor Alexis Brito (2015²⁷, p. 38) dispõe que o devido processo legal se subdivide em Devido Processo Legal Formal e Devido Processo Legal Material. Veja:

“O **devido processo legal formal**, adjetivo ou ainda procedimental, é adstrito ao desenvolvimento dos atos processuais a observância de regras de um processo específico, legalmente previsto, anteriormente à vinculação de alguém àquele. Como observa Canotilho, a pessoa tem o direito de exigir que a privação do seu direito seja feita segundo um processo especificado em lei, havendo a observância das diversas prerrogativas inerentes ao processo criado a aplicação da medida privativa. Concede tal princípio uma proteção processual aos direitos fundamentais, a observância que compete ao Estado das leis processuais, sendo aplicado ao processo penal, como também ao processo civil e aos procedimentos administrativos. Esse foi o significado original atribuído ao *due process of law* pela Suprema Corte norte-americana, sendo o devido processo legal material posterior do conceito. O **devido processo legal material** ou substantivo é a garantia do indivíduo contra toda forma de intervenção do Estado; contra a atividade estatal arbitrária, desproporcional ou não razoável, podendo a violação emanar de qualquer dos poderes. No *common law*, era utilizado tradicionalmente para a tutela dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade: a pessoa, para ser privada de um dos direitos fundamentais, tem direito a exigir que tal privação seja feita segundo um processo especificado em lei, sendo posteriormente ampliado para abrigar também os direitos fundamentais (...)”.

Assim, percebe-se que esse princípio visa tratar de forma isonômica as partes processuais, sejam elas autores ou réus, afim de que uma decisão justa e dentro dos ditames da lei seja proferida. Isto porque é notório para todos os cidadãos que o Direito não é uma ciência perfeita e lógica, mas sim uma ciência que busca o melhor e mais adequado ao caso concreto, mesmo que isso fuja ao esperado.

²⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª edição atualizada. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2015. p. 1215.

²⁷ BRITO, Alexis Couto de. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2015. p. 538.

2. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO:

2.1 Da ponderação, proporcionalidade e interpretação constitucional

O Ordenamento Jurídico pátrio, como apontado anteriormente, é regido por uma série de princípios, que se encontram de forma explícita ou implicitamente no corpo constitucional, tendo em vista a necessidade de se manter a ordem social e o estado democrático. Existem diversas normas principiológicas no ceio jurisdicional brasileiro, criadas para proporcionar garantias aos indivíduos e resguardá-los de decisões arbitrárias por parte dos operadores do Direito.

Há, justamente, a necessidade de analisá-los e utilizá-los sob à luz da Ponderação, Proporcionalidade e a Interpretação para que sua função não seja revertida e mal utilizada. No entanto, antes de adentrar, especificadamente, nos mecanismos acima expostos, faz-se necessário aclarar o que se entende por Princípios, já que muito se tem falado sobre ele.

Em pesquisa ao dicionário ‘*Michaelis*’²⁸, é possível encontrar algumas definições para o termo, tais como:

“i) momento em que uma coisa ou termo passa a existir, ii) causa primeira de alguma coisa a qual contém e faz compreender suas propriedades essenciais ou características; razão, iii) em uma área de conhecimento, conjunto de proposições fundamentais e diretivas que servem de base e das quais todo desenvolvimento posterior deve ser subordinado e iv) proposição lógica, formada por um conjunto de verdades fundamentais, sobre a qual se apoia todo raciocínio [...]”. grifou-se

Como pode-se perceber, Princípio conceitualmente significa o marco inicial e norteador de uma normativa a qual tudo que vem posteriormente deve ser a ele subordinado. O ministro Luís Roberto Barroso (p. 286) diz que os princípios “*são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico*”.

Infer-se daí que os princípios passaram de um papel coadjuvante na sistemática jurídica para ser fonte direta e principal de todo o Direito, visto que influenciam nas tomadas de decisões, nas interpretações e aplicações das normas jurídicas, assim como faz com que o

²⁸ A conceituação dada a palavra princípio foi tirada do sítio eletrônico <<https://michaelis.uol.com.br/>> Acessado em 15 jul 2019.

Direito não se torne apenas um mecanismo taxativo e literal emanando apenas comandos secos, mas o atribui características morais e humanas.

Quanto a essa sistemática principiológica a qual a Carta Magna se baseia, Vivian Bacaro Nunes Soares e Norma Sueli Padilha²⁹ (p. 7) dizem que a ideia da existência de um pós-positivismo pautado na lei e orientado por valores, permite a valoração de princípios na normativa constitucional, veja:

“A ideia do pós-positivismo consagra a integração de um sistema jurídico fundado na lei, mas orientado por diretrizes valorativas com os ideários políticos, constitucionais e humanos, traçando assim os aspectos de uma nova hermenêutica constitucional voltada à valorização dos princípios, sua incorporação, pelos textos constitucionais, implícita ou explicitamente”.

Dessa forma, diz-se que o entendimento exarado pelas autoras corrobora a tese aqui explicitada que os princípios³⁰, de fato, são a fonte primária e basilar de todo o direito, retirando o enfoque dado apenas a taxatividade da lei e aceitando que elas exarem, não apenas comandos contra ilícitos, mas também mecanismos assecuratórios para que aquela lei não seja cumprida de forma a ir contra o que pretendia ao ser criada e acabar funcionando única e exclusivamente como punição.

É nesse contexto que há que se falar em **Ponderação Constitucional**, para que haja um sopesamento nos fins da norma em cada caso concreto: se para funcionar como sanção/como meio de coerção ou com fim precípuo de segurança jurídica e social – isso face a um claro conflito entre ambos.

As autoras (p.9) salientam que os princípios por serem cumpridos em diversos graus devem ser sopesados, e que, por isso, sua aplicação decorre de um processo de ponderação que não se faz com uma análise futurística, mas sim por uma análise do presente, do caso concreto.

Por ser considerado em cada caso concreto, não se pode dizer que a ponderação é um procedimento taxativo, mas sim que ela é um mecanismo necessário, que se amolda às

²⁹ SOARES, Vivian Bacaro Nunes. PADILHA, Norma Sueli. **A ponderação como mecanismo de conveniência das normas: um novo paradigma para o direito constitucional brasileiro**. Brasília/DF: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Novembro de 2008. p. 16.

³⁰ Vivian Bacaro e Norma Padilha (2008, p. 9) dizem que os “princípios são cumpridos em graus diferentes, por isso devem ser sopesados [...]”.

circunstâncias fáticas com base nos direitos fundamentais existentes.

Nessa linha de raciocínio, o autor Fernando José Gonçalves Acunha³¹, no artigo “*Colisão das Normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação*” (p. 169) exare em seu texto que o Supremo Tribunal Federal (STF) adota em seus julgados os entendimentos de Robert Alexy, expressos no livro “*Sistema Jurídico, princípios jurídicos y razón practica*”, de que é necessário haver a ponderação/sopesamento como técnica decisória em lides.

Dispõe, ainda, em seu artigo que a ponderação é um mecanismo que deve pautar-se em alguns critérios como os políticos, valorativos e teleológicos, que serão ponderados pelo legislador a fim de construir o melhor direito (p. 172/173), mas pontua que essa seria a problemática da ponderação, pois essa discricionariedade dada ao legislador mostra-se contrária ao ideal democrático

A ponderação constitucional mostra-se um mecanismo necessário para a aplicação correta e coerente dos princípios apresentados na Lei Suprema ao caso concreto, contudo ao mesmo tempo pode ter seu significado e função desvirtuados e acabar virando um meio para que os legisladores façam com que certos princípios se sobreponham a outros na aplicação das normas visando atender interesses políticos.

No tocante à **Proporcionalidade Constitucional**, também chamada de princípio da Razoabilidade, o Ministro Luiz Roberto Barroso, salienta que ela é “*o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada e ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão*” (2015, p. 353).

O autor ressalta ainda que o princípio se perfaz em um mecanismo de controle de discricionariedade legislativa e administrativa (p. 355, *in fine*) – esse argumento cria um ponto de convergência entre a proporcionalidade e a ponderação, já que como dito alhures se os legisladores tiverem amplo poder de aplicação da ponderação seu fim precípua será desviado. Pontua, ainda, que a proporcionalidade é o mecanismo de adequação de sentido da ordem, segurança, paz, solidariedade e justiça (p. 356) - estes são elementos essenciais da organização do Estado

³¹ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Colisão das Normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação**. Brasília/DF: Revista de Informação Legislativa. Jul/Set de 2014. Ano 51. Número 203.

Democrático de Direito, razão pela qual é preciso que os mesmos sejam aplicados de forma proporcional dentre os indivíduos.

Luís Roberto Barroso, corroborando o que já foi dito, dispõe que o princípio da proporcionalidade também é utilizado como meio de ponderar valores constitucionais contrapostos, como direitos fundamentais e interesses coletivos (p. 357). E que a proporcionalidade constitucional dá ao Judiciário o poder de invalidar atos legislativos e administrativos se estes não estiverem em consonância com o que se propõe a lei. Veja:

*“[...] o princípio da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) **não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado**; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) **não haja proporcionalidade em sentido estrito**³², ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”*. (p. 358) - grifou-se

Nesse diapasão, pode-se dizer que tanto a ponderação quanto a proporcionalidade constitucional atuam como mecanismo de controle de todos aqueles detentores do poder e da aplicação de normas que conflituam no caso concreto, assim como são os meios pelos quais se bloqueiam escolhas que se demonstrem em discordância com a Constituição Federal.

Por fim, no que concerne a **Interpretação Constitucional** o Ministro Luís Roberto Barroso³³ antes de adentrar ao tema afirma, numa análise pura e simples da palavra, que a interpretação é o produto de um contexto temporal, fático e que engloba as circunstâncias do intérprete e ao imaginário de cada pessoa (p. 20, *in fine*).

De fato, as interpretações surgem como forma de melhor aplicar as normas ao contexto social ao qual elas foram inseridas, considerando a velocidade com que as mudanças sociais, culturais e legislativas têm ocorrido. Parafraseando o ministro Luís Roberto Barroso (p. 88), a interpretação é o meio pelo qual se identifica o significado e o alcance de determinada norma jurídica, para que só depois ela seja, efetivamente, aplicada a um caso concreto.

Quanto a essa questão, o juiz de Direito no Estado de São Paulo, Rafael da Cruz Gouveia

³² Luís Roberto considera como *proporcionalidade em sentido estrito* a ponderação existente entre o ônus imposto e o benefício trazido, para que seja verificada se a melhor medida a ser considerada no caso concreto é legítima (p. 356, *in fine*).

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª edição revisada. São Paulo: Editora Saraiva. 2009. p. 430.

Linardi³⁴, diz que o direito é um produto cultural e que deve salvaguardar os seus valores e princípios (p, 454). Além de afirmar que a interpretação constitucional apresenta alguns critérios doutrinários basilares para o processo interpretatório, que são: i) **gramatical** (aquele que se perfaz com a linguagem escrita; é a forma como os comandos jurídicos são repassados para a sociedade); ii) **teleológico** (retrata a ideia de Direito como produto direto da cultura, protegendo o valor dado aos direitos inerentes à sociedade) e iii) **histórico** (minoritariamente, é caracterizado pelo mecanismo de estudos dos fatores pré-constituição) - p. 459-460.

Pode-se dizer que a interpretação constitucional esbarra no que se denomina de *Mutação Constitucional*, que é o fenômeno pelo qual se interpreta uma norma constitucional sem alterar seu significado, visto que ambas se limitam, apenas, a exploração do texto, do seu significado, criando uma ligação entre a normativa constitucional e a realidade fática. Entretanto, apesar de serem muito próximas, não se confundem, já que a interpretação é o processo formal de alteração da lei constitucional e a mutação é um processo informal, de alteração na essência do texto.

É possível perceber, então, que esses princípios são mecanismos que visam controlar o poder dado ao legislador na condução da norma constitucional. No entanto, até esses mecanismos devem ser utilizados de forma limitada para que eles também não acabem por invalidar às leis e/ou princípios constitucionais.

2.2 A estrutura do Sistema Jurídico pátrio estipulada pela Constituição Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi apresentada por Hans Kelsen como norma fundamental que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro. Ela é a bússola que norteia todas as demais esferas do direito, assim como estipula a estrutura do sistema jurídico nacional.

O Poder Judiciário é um dos 3 poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), tendo por objetivo à interpretação de leis e aplicação do Direito, conforme consta na cartilha³⁵

³⁴ LINARDI, Rafael da Cruz Gouveia. **A interpretação constitucional sob uma perspectiva axiológica e cultural – uma possível visão de Miguel Reale**. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional Caderno de direito constitucional e ciência política. Mar/Abr de 2017. v.25. n. 100. p. 117-134.

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Cartilha do Poder Judiciário**. Brasília: STF. Secretaria de Documentação. 2018. Disponível em

desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal. Dela se extrai as instâncias existentes no ordenamento jurídico pátrio: i) Primeira Instância: Justiça comum e Especializada, e ii) Segunda Instância: Tribunal de Justiça – separação essa embasada pelo Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e que se vislumbra no §3º, do art. 33³⁶, *in verbis*:

“Art. 33.

§3º: *Nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador nomeado na forma desta Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa”.*

Essa separação também pode ser percebida nos artigos 92 a 126, da Constituição Federal de 1988.

Essas instâncias são "regidas" à luz do princípio do **Duplo Grau de Jurisdição**, que segundo Gustavo Badaró³⁷ (2017, p. 19) é o princípio que *"visa a satisfação de uma necessidade psicológica, inata no ser humano, de que ninguém se contenta com um julgamento desfavorável. O ser humano não quer e não gosta de perder. E se perde, é comum afirmar que "perdeu a batalha, mas não a guerra"".* Para o autor este é o fundamento psicológico.

Badaró ainda afirma que o Duplo Grau de Jurisdição exerce o papel de controle dos atos estatais, especificadamente, dos atos do Poder Judiciário no tocante às sentenças, visto que são elas que criam entendimentos do processo (p. 19). O indivíduo tem direito de que a decisão que foi proferida em seu processo passe por um reexame – este seria o fundamento político.

Já o fundamento jurídico deste recurso, segundo o autor, seria aquele que assegura ao sujeito o direito ao reexame da decisão por um órgão jurisdicional diverso daquele que a proferiu.

E que *"o duplo grau de jurisdição significa que, salvo nos casos de competência originária dos Tribunais, o processo deve ser examinado uma vez em primeiro grau de*

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia/GlossarioMirim/anexo/Carilha_Glossrio_STF16042018_FIN AL ELETRÔNICO.pdf>. Acesso em 15 out 2019. P. 40.

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 out 2018.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2ª edição, revista, atualiza e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 510.

jurisdição e uma segunda vez em sede recursal pelo Tribunal." (p. 20)

Com base neste fundamento, Badaró afirma que o princípio do Duplo Grau de Jurisdição não possui previsão expressa, perfazendo-se num princípio constitucional implícito. Ressalta que a Constituição Federal ao prever, como dito anteriormente, a estrutura do Poder Judiciário com órgãos de primeira e de segunda instância, no qual essa última é a responsável por rever as decisões do juiz *a quo* (p. 20, *in fine*).

2.2.1 Primeira instância jurídica

É entendida pelos doutrinadores do direito como sendo a porta de entrada ao poder judiciário daqueles que possuem algum litígio. A mesma é reconhecida por suas varas e seções judiciárias, que ficam sob o comando de um juiz singular.

Subdivide-se em Justiça Comum, que engloba a justiça estadual e a justiça federal, e em Justiça Especializada, que abarca a justiça do trabalho, a justiça eleitoral e a justiça militar.

A importância dessa instância é verificada quando da decisão monocrática do juízo singular, que poderá condenar ou não o acusado. Ou seja, o primeiro grau de jurisdição do judiciário é o norteador e influenciador de toda a sistemática processual, haja vista que sua análise sobre os fatos e provas apresentadas em sede de instrução poderão motivar todas as decisões recursais posteriores.

Isto porque, com a decisão do juiz *a quo* já se cria um certo juízo de culpabilidade quanto ao acusado, que dificilmente consegue ser suprimido ao longo do processo.

2.2.2 Segunda Instância jurídica

Neste grau de jurisdição a decisão do juízo *a quo* é revista, dada a insurgência da parte ré com o que fora decidido contra ele.

Compõe-se de Tribunais de Justiça, existentes em cada um dos 26 estados da federação, e de cinco Tribunais Federais (Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife), tendo em vista que também é subdividido em Justiça Comum e Justiça Especializada.

Os casos recursais apresentados nesse grau são julgados por meio de desembargadores, que proferem uma decisão colegiada, denominada de acórdão. E é dessa decisão que a

culpabilidade do sujeito pode ser referendada ou modificada, propiciando aos aplicadores do direito, e à própria sociedade, um sentimento de segurança jurídica e a tão sonhada justiça, porque, em tese, é apenas aqui que se confirma a culpabilidade do indivíduo.

O Supremo vem aceitando, já nesta instância, a possibilidade de cercear a liberdade do sujeito acusado, mediante a sobreposição da presunção de culpabilidade face à presunção de inocência, dado o entendimento do ministro-relator Teori Zavascki (HC 126.292/2016) de que a decisão aqui proferida põe fim a discussão probatória, confirmando a culpa do indivíduo.

Outrossim, acredita-se que o sujeito deve ser restringido de sua liberdade ainda nessa instância para que o mesmo não faça uso irrestrito de recursos com o fim de criar impasses no julgamento de seu caso, para que haja a prescrição³⁸ do crime e assim a extinção da punibilidade³⁹ (art. 107 do Código Penal Brasileiro).

Ressalta-se, ainda, a reportagem do sítio da Agência Brasil⁴⁰, na qual o repórter Felipe Pontes expõe que a ex-procuradora geral da república, Raquel Dodge, entende que o cumprimento da pena apenas após julgamento de todas as instâncias jurídicas é uma forma de aniquilar o sistema de justiça, utilizando a premissa de que *“uma justiça tarda, é uma justiça que falha”*.

Há que se dizer que este entendimento não é de todo errado, pois, de fato, tende-se a criar lacunas e vícios ao longo de processos judiciais que perduram por anos na esfera jurídica. No entanto, os operadores do direito pecam justamente nesse ponto, porque querem a todo custo fazer com que a máquina jurídica volte a funcionar sob qualquer argumento, mesmo que para isso à Constituição Federal e seus princípios sejam violados, bem como a estrutura jurídica criada pelo Poder Constituinte Originário seja, ainda mais, enfraquecida e posta em xeque.

³⁸ Cezar Roberto Bitencourt (2017, P. 922 – BITENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 23ª edição, revisada e atualizada. Volume 1 – parte geral. São Paulo: Editora Saraiva. 2017), dispõe que a Prescrição *“é a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso do tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”*. O instituto é previsto no inciso IV, do art. 107, do Código Penal.

³⁹ Quanto ao instituto da Extinção da Punibilidade, Cezar Roberto Bitencourt (2017, p. 915) dispõe que o fenômeno ocorre quando o Estado perde seu poder de punir, e afirma que os efeitos civis e criminais continuam porque o crime em si continua a existir, só o ato que deixa de ser punido. Ele é expressado pelo art. 107, do Código Penal que apresenta algumas causas de extinção, como p.ex., morte do agente; anistia, graça ou indulto; *Abolitio Criminis*; prescrição, decadência e perempção; renúncia e perdão do ofendido; retratação do agente, entre outros.

⁴⁰ PONTES, Felipe. **Cumprimento de pena após quatro instâncias aniquila Justiça, diz Raquel Dodge**. Brasília: Agência Brasil. Empresa Brasil de Comunicação. 3 abril 2018. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-04/cumprimento-de-pena-apos-quatro-instancias-aniquila-justica-diz-raquel>>. Acessado em 15 out 2019.

2.3 Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são instâncias extraordinárias consideradas, popularmente, como terceira e quarta instâncias jurídicas. No entanto, Gustavo Badaró⁴¹ afirma que estas Cortes superiores não podem ser consideradas como terceira e quarta instâncias porque não estão de acordo com o princípio do Duplo Grau de Jurisdição, *in verbis*:

"O direito ao duplo grau de jurisdição assegura o direito a um único reexame. Diante da organização judiciária brasileira, em que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal podem funcionar, respectivamente, como terceiro e quarto graus de jurisdição, a possibilidade de interposição de recurso especial e extraordinário não pode ser vista como manifestação do duplo grau de jurisdição."

Os Tribunais Superiores são compostos pelo Superior Tribunal do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Os magistrados que compõem cada um destes tribunais superiores são competentes para julgar recursos que se iniciam neles, bem como para analisar decisões proferidas pelas instâncias que lhes antecedem.

O **Superior Tribunal de Justiça (STJ)** pode ser entendido como o órgão de maior destaque dentro da ótica dos tribunais superiores. Ele foi criado pela Carta Magna de 1988, tendo como objetivo a uniformização da interpretação da lei federal em todo o país, bem como da solução definitiva dos casos civis e criminais, salvo as que envolvam matéria constitucional e a justiça especializada – sua análise recursal compete-se ao Recurso Especial.

É composto por 33 ministros escolhidos pelo presidente da república a partir da lista tríplice, devendo estes ser aprovados pelo Senado Federal. É o órgão responsável por julgar as questões infraconstitucionais, tendo um importante papel de julgar, uniformizar e interpretar os preceitos dispostos na Constituição Federal, conforme prevê o art. 105, da Constituição Federal.

Devido seu papel de intérprete dos preceitos constitucionais fundamentais, poder-se-á dizer que o STJ é o órgão capaz de enviar, num sentido favorável, os entendimentos acerca da execução antecipada da pena, apresentando a interpretação literal do princípio da presunção

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2ª edição, revista, atualiza e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 510.

de inocência e impedindo a perpetuação da jurisprudência, até então, aceita pelo STF (possibilidade da prisão em 2ª instância).

Deve ter um papel principal na esfera judiciária, permitindo que as demais esferas e instâncias recursais atuem em consonância uma com a outra e não como órgãos independentes, porque somente com uma atuação conjunta o sistema jurídico teria a eficácia e a segurança jurídica restaurada.

Daí porque considera-se estes tribunais superiores como uma terceira instância, por mais que não possuam esta denominação dentro da ótica do poder judiciário e não seja preenchida pelo duplo grau de jurisdição.

O jornalista Lucas Tófoli Lopes afirma que esta Corte Especial não pode ser reconhecida como 3ª instância, mas como instância especial porque os recursos levados a eles têm por objetivo analisar questionamentos jurídicos e não mais de fato⁴².

Já o **Supremo Tribunal Federal** é o órgão de cúpula/instância máxima do Poder Judiciário, sendo ele o guardião e principal defensor da Constituição Federal de 1988. Sua competência é estipulada na Seção III, arts. 101 a 103-B da Carta Magna. Sua análise mostra-se importante nesta narrativa devido o seu poder de decisão quanto à execução da pena antes do trânsito em julgado.

O *caput* do art. 101 da Carta de 1988 prevê que este órgão supremo é composto por 11 ministros, com notório saber jurídico, reputação ilibada e que possuam a faixa etária entre 35 a 65. Além de tal previsão normativa, o parágrafo único deste artigo prevê que os ministros serão escolhidos pelo Senado Federal e, posteriormente, nomeados pelo chefe do poder executivo.

Outro requisito para compor o STF é que todos os ministros sejam brasileiros natos, ou seja, apenas aqueles que: *i) tenham nascido no brasil, mesmo que filhos de estrangeiros, desde que estes não estejam no país a serviço de sua nação, ii) os nascidos em território estrangeiro, mas filhos de pais brasileiros a serviço do Brasil naquela nação e iii) os nascidos no*

⁴² LOPES, Lucas Tófoli. **O que é o duplo grau de jurisdição e as diferenças entre instâncias da justiça**. São Paulo: Folha de São Paulo. Publicado em 11 set 2017. Disponível em <<http://direitoaoponto.blogfolha.uol.com.br/2017/09/11/o-que-e-o-duplo-grau-de-jurisdicao-e-as-diferencas-entre-instancias-da-justica/>>. Acessado em 17 out 2019.

estrangeiro, de pais brasileiros sem estarem a serviço do país, mas desde que registrados em repartição nacional ou que venham a residir no Brasil por algum tempo, após completarem 18 anos e optarem pela nacionalidade brasileira (art. 12, I, “a”, “b” e “c” e § 3º, IV da CFRB/1988).

Ele é o único capaz de julgar ações diretas de inconstitucionalidade ou atos normativos federais e estaduais, ações declaratórias de constitucionalidade ou ato normativo federal e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Além disso, é o único com capacidade de, na via recursal, julgar *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e de injunção e o recurso extraordinário de decisão proferida em uma única instância ou mais.

Perceba, o STF é o órgão judiciário que detém o poder de decidir questões mais relevantes para a história jurídica e da sociedade, além de ser o caminho pelo qual a via recursal se esgotará trazendo aos processos judiciais o trânsito em julgado definitivo dos recursos que lhe são trazidos, já que não existe outro órgão capaz de reanalisar a decisão anteriormente proferida. Não é à toa que desde os primórdios vem sendo considerado como o guardião da Constituição Federal da República Federativa do Brasil – ainda que seu papel esteja, desde 2016, comprometido.

Por isso, há o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal atua como a quarta instância jurídica brasileira - opinião esta encabeçada por Felipe Van Deursen, em seu artigo *“Qual a diferença entre os tribunais superiores e os supremos tribunais?”*⁴³ e corroborado no artigo *“Instâncias da Justiça: Conheça os tão famosos graus de jurisdição!”*, inscrito pelo estudante de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú- Ceará, Raimundo Natalier de Albuquerque Júnior⁴⁴, por mais que o mesmo não concorde com tal entendimento:

*“(…) Por fim, temos o **Supremo Tribunal Federal**, conhecido erroneamente como quarta instância, o **mais alto nível do judiciário brasileiro**. Atua com prerrogativa de **proteger a Constituição Federal**, por isso, também é chamado de Tribunal Constitucional. Possui 11 ministros, escolhidos pelo(a) Presidente da República e aprovados por maioria absoluta pelo Senado Federal, devendo possuir entre 35 e 65 anos de idade, com notável saber jurídico e reputação proba.”*

⁴³ DEURSEN, Felipe Van. **Qual a diferença entre os tribunais superiores e os supremos tribunais?** Site eletrônico: Grupo Abril. 4 out 2018. Disponível em <<https://super.abril.com.br/blog/oraculo/qual-a-diferenca-entre-os-tribunais-superiores-e-os-supremos-tribunais/>>. Acessado em 17 out 2019.

⁴⁴ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Natalier de. **Instâncias jurídicas: conheça os tão famosos graus de jurisdição!**. Santa Catarina: ONG Politize! - Instituto de Educação Política. 21 agosto 2018. Disponível em <<https://www.politize.com.br/instancias-da-justica-conheca-os-tao-famosos-graus-de-jurisdiacao/>>. Acessado em 10 out 2019.

2.4 A Morosidade da justiça brasileira nos seus julgamentos:

A justiça brasileira é conhecida pela longevidade e burocracia de seu caminho processual, no qual as partes processuais enfrentam diversos entraves para verem o litígio, que participam, chegar ao fim. Antes do início da persecução penal, há a fase investigatória, na qual noticia-se o crime e instaura-se o inquérito policial, visto a necessidade de se averiguar os indícios da autoria e a certeza da materialidade; após esse trâmite inicia-se a ação penal⁴⁵ da qual o sujeito poderá ser absolvido ou não.

Por isso, doutrinadores e juristas entendem que o sistema jurídico brasileiro é por deveras moroso, já que ao longo da “*persecutio criminis*” há a possibilidade de as partes interpirem diversos recursos das decisões proferidas, além de decorrer da inércia do Judiciário em alguns de seus julgamentos.

Este foi um dos argumentos apresentados pelo ministro-relator, Teori Zavascki, para permitir que os réus condenados em segunda instância comecem a cumprir a pena pela qual foram condenados, mesmo que ainda não haja a plena certeza de sua culpabilidade.

O autor Carlos Biasotti⁴⁶ afirma que a morosidade processual é um elemento vital do processo, pois entende que “*decidir depressa é buscar um culpado*”. Ou seja, agir com celeridade não significa dizer que os litígios levados ao judiciário serão julgados de forma justa, coesa, dentro dos ditames legais e desembutida de excessos – muito pelo contrário, os julgadores podem acabar ‘metendo os pés pelas mãos’ devido a excessiva necessidade de mostrar à sociedade e à mídia que o sistema está funcionando.

⁴⁵ A ação penal é, na maioria dos casos, pública incondicionada (a ação se inicia pelo Ministério Público sem a necessidade de autorização da parte), mas também há a ação penal pública condicionada (necessita de manifestação da parte autora), a ação penal privada propriamente dita (cabível aos que têm direito de ação), a ação penal privada personalíssima (somente a vítima pode ajuizar a ação) e a ação penal privada subsidiária da pública (ocorre face à inércia do Ministério Público, podendo a vítima ajuizar a ação em até 6 meses) - conforme apresentada mais detalhadamente no capítulo 5 do livro do autor Norberto Avena (AVENA, Norberto. Processo Penal. 11ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA. São Paulo: Editora Método. 2019. Capítulo 5).

⁴⁶ BIASOTTI, Carlos. **Da morosidade(inevitável) da Justiça**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 17, p. 08., jun. 1994. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13537>. Acesso em: out. 2019.

Esse argumento de Biasotti é corroborado no texto de José Barcelos de Souza⁴⁷, pois este afirma que o problema da morosidade é uma questão antiga no ceio jurídico, que se agrava quando “(...) *aparecem estagiários e funcionários, muita das vezes ainda estudantes, dando sentenças e votos*”.

O autor expressa este entendimento porque acredita que as decisões produzidas por estagiários e funcionários são, demasiadamente, absurdas, motivando a interposição de recursos.

E, também, dispõe que “*é justamente contra os recursos que mais se têm voltado, equivocadamente, muitos dos que procuram soluções para a morosidade da Justiça! E tanto se tem repisado na afirmação de que há um número exagerado de recursos que a imprensa a repete sempre*”.

Outra justificativa dada para a morosidade do judiciário nacional é a do jurista Edson Ferreira da Silva⁴⁸, que dispõe o seguinte:

*“Há consenso entre os profissionais da área de que as medidas que estão sendo engendradas no âmbito da reforma do Poder Judiciário não atacam nem atenuam o seu principal problema, que é a morosidade.
No fundo, a raiz do problema é de natureza econômica.
Agilidade, eficiência, presteza e efetividade são também conceitos econômicos.
O problema está em que o Judiciário não tem estrutura compatível para responder com agilidade, eficiência, presteza e efetividade à demanda forense.”*

Na verdade, diversas são as justificativas para se tentar explicar o porquê do sistema jurídico brasileiro ser tão moroso, mas nenhuma atinge o fim esperado.

O sistema jurídico brasileiro é moroso porque: i) os litigantes interpõe recursos como se não houvesse fim para tal possibilidade jurídica, ii) dos advogados que, em alguns casos, de má-fé interpõem recursos sabendo que o caso está fadado à improcedência e iii) alguns magistrados analisam os casos apresentados no Judiciário como se por trás deles não existissem

⁴⁷ SOUZA, José Barcelos de. **Morosidade da justiça e novos recursos - dois deles já utilizados na justiça penal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo. v. 11. n. 131. p. 8-10. out 2003. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=45041>. Acesso em: 21 out. 2019.

⁴⁸ SILVA, Edson Ferreira da. **A morosidade do judiciário, a reforma e o custo do processo**. Cadernos Jurídicos. p. 141-143. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=50023>. Acesso em: 14 out. 2019.

seres humanos e, pior, agem sempre vislumbrando benefícios próprios ou em troca de algum favor/benefício - daí encaixa-se fortemente o dito popular pejorativo de que os nacionais têm “o jeitinho brasileiro de resolver as coisas”⁴⁹.

O pior é que parece que esse problema não tem sequer uma solução aparente e está longe de ser solucionado, como pode ser analisado nas pesquisas feitas anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que demonstram que a cada ano a carga processual aumenta exacerbadamente. Veja o que o Conselho dispõe no relatório analítico de 2019⁵⁰ (p. 159-164):

“Em 2018, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de casos novos criminais, sendo 1,6 milhão (60%) na fase de conhecimento de 1º grau, 343,3 mil (12,8%) na fase de execução de 1º grau, 18,6 mil (0,7%) nas turmas recursais, 604,8 mil (22,6%) no 2º grau e 103,9 mil (3,9%) nos Tribunais Superiores. A Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 69,8% da demanda, na área criminal essa representatividade aumenta para 91,3%.”

Observe, os dados registrados pelo CNJ naquele relatório, demonstram que os processos no Brasil, duram em média 4 anos e 10 meses para chegarem ao fim⁵¹. Por isso é tão difícil acreditar que essa morosidade conseguirá ser apaziguada.

2.5 Efeito Suspensivo: Recurso Especial e Recurso Ordinário

Durante anos prevaleceu no ordenamento jurídico brasileiro jurisprudência que entendia ser possível a execução provisória de sentença penal recorrível, independentemente do preenchimento dos requisitos da prisão preventiva. A exemplo disso tem-se o Recurso em *Habeas Corpus* nº 71.959/1995, o *Habeas Corpus* 126.292/2016, e o Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246/ 2016.

Um dos argumentos utilizados nos julgados acima citados foi o de que os Recursos Especial e Extraordinário – cabíveis após segunda instância – não possuem efeito suspensivo,

⁴⁹ A razão de ser da indignação trazida à baila decorre da estafa causada há anos pelo judiciário e por todos aqueles que levantam a hipócrita bandeira do patriotismo. O Estado Brasileiro é, originariamente, corrupto, e essa corrupção não é vista apenas naqueles que detêm o poder, alguns dos menos abastados também podem ser assim definidos – uma vez que a todo instante há briga por poder, por dinheiro, por ocupação de grau mais alto de hierarquia e pela defesa dos próprios direitos. Não há luta justa, igualitária e uníssona. Todos querem lutar por seus próprios ideais e interesses, e é aí que erram e impedem que o país cresça e se solte das amarras da corrupção..

⁵⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2019**. Brasília. 2019. P. 238. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 10 out 2019.

⁵¹ Observe o relatório analítico disponível no site do Conselho Nacional de Justiça < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf >, p. 148-158.

só servindo para analisar questões de direito e não mais de fato. Por tal razão mostra-se indispensável nesta narrativa analisar a via recursal brasileira e, sobretudo, os recursos Especial e Extraordinário.

Cediço é a previsão constitucional acerca da possibilidade da revisão da decisão do juízo *a quo* em sede de segundo grau – art. 5º, LV e §2º c/c arts. 12 e 13, ambos da Constituição Federal de 1988. Guilherme Nucci⁵² (p. 799) afirma que o recurso é a garantia individual do indivíduo de acesso ao duplo grau de jurisdição, sendo o meio pelo qual se impossibilita que as decisões de primeiro grau sejam únicas, possibilitando ao acusado a reanálise por uma instância superior de sua decisão.

Ou seja, a possibilidade do acusado recorrer da decisão que lhe foi desfavorável nada mais é do que uma outra face do direito de defesa, visto que aquele indivíduo possui o direito de demonstrar não ser o agente passivo do crime que lhe foi imputado e, se o foi, tem o direito de buscar uma atenuação/redução de sua culpa, porque vigora a máxima de que todos têm direito de defesa sob pena de nulidade processual (como se infere do art. 5º, LV, da CRFB/1988), já que se está diante de uma democracia.

Nessa diáspora NUCCI (p. 800-801) apresenta o conceito de recurso como “*o direito que possui a parte, na relação processual, de se insurgir contra as decisões judiciais, requerendo a sua revisão, total ou parcial, em instância superior*”. Salienta também que a natureza dos recursos é a de desdobramento do Direito Primário de Ação, porquanto é o único meio, repita-se, de rever decisões proferidas.

O autor ainda apresenta o entendimento de que a via recursal pode ter dois efeitos (devolutivo e suspensivo), a depender do recurso interposto. Veja o que ele diz sobre esses efeitos (p. 802):

“O **efeito devolutivo** é regra geral, permitindo que o tribunal superior reveja integralmente a matéria controversa, sobre a qual houve o inconformismo. Naturalmente, cabe à instância superior avaliar, ainda, matéria que lhe permite conhecimento de ofício, sem a impugnação expressa de qualquer das partes (ex.: nulidade absoluta, mormente quando há prejuízo para o réu). O **efeito suspensivo** é excepcional, impedindo que a decisão produza consequências desde logo. Há situação a comportar imediata eficácia, como a sentença absolutória, provocando a imediata soltura do réu; outras, no entanto, submetem-se à eficácia contida, como a sentença

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 13ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016.

condenatória, impondo pena privativa de liberdade, que não se executa, senão após o trânsito em julgado (existem hipóteses, também, excepcionais de recolhimento provisório ao cárcere, embora sejam frutos de medidas cautelares e não da sentença propriamente dita). Pode-se mencionar, ainda, o **efeito regressivo**, que significa devolver ao mesmo órgão prolator da decisão a possibilidade de seu reexame, o que acontece com os embargos declaratórios e outros recursos, como o recurso em sentido estrito e o agravo em execução.”

Não obstante tais considerações, o autor Guilherme Madeira Dezem⁵³ dispõe que os recursos podem ser classificados em Ordinário e Extraordinário:

“No caso, interessa a classificação relativa ao objeto recursal. Quanto a tal classificação, os recursos podem ser ordinários e extraordinários. Ordinário são os recursos que têm por objeto a tutela do direito subjetivo invocado pela parte (como exemplo, tem-se a apelação). Extraordinário são os recursos que buscam tutelar, primordialmente, o direito em si e, apenas de maneira reflexa, o direito invocado pelo recorrente (como *exemplo, tem-se o recurso extraordinário e o recurso especial*)”. Grifou-se

O **Recurso Especial (REsp)** é um recurso excepcional, que tem por objetivo a garantia da aplicação harmoniosa da legislação infraconstitucional, evitando que leis federais sejam desautorizadas por decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal dispostos pelo país. Além disso, pretende evitar o surgimento de interpretações divergentes acerca das leis federais para que o sistema federativo continue ilibado e com credibilidade, devendo ser apresentado no prazo de 15 dias.

A análise deste recurso fica sobre o crivo do Superior Tribunal de Justiça, que, conforme o art. 105, III da Constituição Federal⁵⁴, ficará responsável por julgá-lo nos casos de "*a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal e c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*".

Da análise de sua competência, pode-se afirmar que o REsp é o guardião da legislação federal, e por este motivo é, popularmente considerado como terceira Instância do Poder

⁵³ DEZEM, Guilherme Madeira. **Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 269-290., jan./fev. 2008. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=66829>. Acesso em: 18 out. 2019.

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 out 2018.

Judiciário, apesar de não se .

Salienta-se, ainda, que em 2012 foi criada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 209 – que ainda aguarda apreciação pelo Senado Federal -, em razão do grande fluxo de processos encaminhados ao STJ. A PEC tem o objetivo de criar um novo critério de admissibilidade do REsp: os recursos só serão levados ao Superior Tribunal de Justiça se a questão a ser discutida tiver relevância federal, *in verbis*⁵⁵:

“(...) O número de processos pendentes oscila nos últimos anos entre 6% e 8%. Hoje, é de cerca de 250 mil o estoque de causas não julgadas. Em 25 anos, o STJ julgou 4.386.299 processos, incluindo agravos regimentais e embargos de declaração. Para responder a esse *tsunami* processual infindável, como o define o ministro Sidnei Beneti, o STJ tem defendido novas medidas de racionalização do sistema recursal. A principal é a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 209/12, que institui novo critério de admissibilidade para o REsp: a necessidade de relevância da questão federal discutida para que o recurso chegue ao STJ. Pela proposta, em tramitação no Congresso, o STJ só julgará os recursos cujo tema tenha relevância jurídica capaz de justificar o pronunciamento da instância superior. Muitos recursos que chegam ao STJ discutem questões que afetam apenas o interesse das partes, sem maiores implicações na interpretação do direito federal. O objetivo central da proposta é fazer com que o STJ deixe de atuar como **terceira instância**, revisora de processos cujo interesse muitas vezes está restrito às partes, e exerça de forma mais efetiva o seu papel constitucional de **uniformizador da jurisprudência** sobre a legislação federal.” - grifado no original.

A PEC nº 209 demonstra, para além de seu fim precípuo, ser uma tentativa do Superior Tribunal de Justiça de tornar a justiça/o Poder Judiciário menos moroso e garantir mais celeridade e eficiência nas análises processuais. De fato, esta parece ser o início de uma solução para toda a problemática exposta em momento anterior.

No tocante ao **Recurso Extraordinário (RE)**, sabe-se que o mesmo é de competência do Supremo Tribunal Federal, possuindo natureza excepcional e deve ser interposto no prazo de 15 dias. Visa garantir a harmonia da aplicação de normas infraconstitucionais mediante a Constituição, por isso deve ser interposto no STF, pois é ele o guardião da Lei Maior. Este recurso encontra-se previsto no inciso III, do art. 102, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Nasce o Recurso Especial**. Institucional. História. Brasília - Distrito Federal. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Institucional/Historia/Nasce-o-Recurso-Especial>>. Acesso em 20 out 2019.

desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Diferentemente do REsp, no Recurso Extraordinário é necessário que na interposição seja demonstrada a relevância e a repercussão das questões constitucionais suscitadas no caso concreto para que o recurso seja analisado pelo STF, porque senão ele será rejeitado por dois terços dos ministros que compõem o órgão pleno (art. 102, § 3º da Lei Maior).

Assim como a ideia expressa na PEC nº 209, esse requisito da relevância e repercussão também se mostra necessária aqui, porquanto há a necessidade de se limitar os recursos que chegam aos órgãos plenos para que a justiça torne-se menos morosa e para que a máquina judiciária só seja movimentada quando é, de fato, preciso.

O autor Guilherme Beux Nassif Azem⁵⁶ (p. 3) afirma que o RE não tem a finalidade apenas de atingir o interesse das partes, mas é o meio utilizado para defender e resguardar os preceitos normativos emanados da Carta Magna.

Daí porque mostra-se inviável permitir que haja a execução antecipada da pena, pois esta possibilidade põe em xeque a força e legitimidade deste recurso, considerando a afronta à Lei Maior quando se passa por cima do princípio da presunção de inocência.

Não obstante a apresentação de tais recursos, é preciso retomar a questão do efeito suspensivo inexistente nos mesmos, o que permite a execução antecipada em razão da eficácia que o acórdão passa a possuir após decisão do colegiado. NUCCI (p. 861) afirma que aos recursos Especial e Extraordinário cabe apenas o efeito devolutivo, aplicando-se a regra geral do art. 995, do Código de Processo Civil (CPC).

O Código de Processo Civil vai ainda mais longe quando dispõe que o cumprimento de sentença provisória impugnada por recurso sem efeito suspensivo (como ocorre com o Resp e o RE) será realizado nos mesmos ditames do cumprimento definitivo (*caput* do art. 520). O que demonstra o cerceamento de defesa e invalida o princípio da dignidade da pessoa humana, já que o sujeito passa a ser rotulado como culpado por um crime que ainda não se tem certeza ser

⁵⁶ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **A instrumentalidade objetiva do recurso extraordinário**. Brasília: Revista de informação legislativa – RIL. V. 48. N. 190. P. 205-210. Abr./jun. 2011. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=88791>. Acesso em: 23 out. 2019.

de sua autoria.

Acerca dessa questão, a Súmula nº 267, do Superior Tribunal de Justiça dispõe que “*a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão*”. E, por sua vez, o art. 637⁵⁷, do Código de Processo Penal corrobora esta premissa de ausência de efeito suspensivo.

Contudo, entende-se que o entendimento expressado em tais dispositivos é inconstitucional, porque viola o princípio da presunção de inocência, que é cláusula pétrea no ordenamento jurídico pátrio. Como pode ser visto no artigo de Guilherme Dezem, no qual ele dispõe que “*(...) tal previsão não pode ser admitida sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência (...)*”.

No mais, apesar de ser regra geral a inexistência de efeito suspensivo ao REsp e ao RE, o CPC traz hipóteses excepcionais, das quais é possível à concessão de tal efeito a estes recursos:

“Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...) § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgá-lo; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência); II - ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)”.

Por tal previsão, é impossível a manutenção do entendimento acerca da execução antecipada da pena com respaldo na inexistência do efeito suspensivo do REsp e RE. Haja vista a oportunidade dada aos litigantes de requererem à concessão do efeito suspensivo – salienta-se que tal chance disponibilizada, mostra-se uma medida paliativa, já que dificilmente os componentes dos órgãos colegiados abrirão mão da execução provisória, sobretudo se por trás desses recursos existirem interesses pessoais.

⁵⁷ O artigo 637, do Código de Processo Penal dispõe que: “*O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença*”.

3. DA INCONSTÂNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TRADUZIDA EM SEUS JULGAMENTOS:

O Supremo Tribunal Federal há muito tem sido entendido, popularmente, como quarta e última instância jurídica do país. Por tal razão e para que não se produzissem equívocos se expôs no ‘tópico 2.1.4’ as razões para tal conceituação, assim como a função que esta Corte Suprema exerce no ordenamento jurídico pátrio.

Ele, como dito outrora, atua como guardião da Lei Maior de forma ampla e uníssona, porquanto não se poderia esperar que o mesmo fizesse mal uso do poder/função que lhe foi dada pelo presidente da república após a escolha do Senado Federal daqueles que possuem notório saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, CRFB/1988). Ledo engano este!

O STF tornou-se um palanque midiático e um pântano que reflete as benesses propostas por políticos, camufladas de atendimento ao clamor populacional por justiça – clamor este que pode ser considerado como justo, tendo em vista que a população só enxerga o que é disposto pra ela e os maus resultados que lhe chegam⁵⁸.

Além disso, a Suprema Corte tem tomado para si uma competência que não é sua: a de legislar⁵⁹. Ela tem subvertido o seu papel de guardiã do texto constitucional e decidido de forma contrária ao seu texto em prol de uma falsa ideia de solução dos problemas de ordem jurídica e social existentes no país.

Os ministros que compõe a cúpula do STF não podem se “vestir” com a couraça da justiça e saírem por aí como super-heróis, disseminando suas interpretações e verdades sobre os comandos normativos como se elas fossem únicas e sinônimo de justiça. Cabe a eles, apenas, assegurar que a Constituição Federal seja aplicada de forma uníssona e literal, cumprindo seu fim precípua, qual seja, proteger o texto constitucional e todos os cidadãos brasileiros, e não uma parte deles.

⁵⁸ Não se tem no Brasil uma cultura jurídica e uma ampla explicação àqueles que não são estudantes e operadores do Direito sobre cada direito/dever que possuem e, principalmente, o papel da Constituição Federal como norma suprema do sistema jurídico e é por meio deste déficit que se muitos aproveitam para fazer valer sua vontade como se ela fosse a vontade da constituinte.

⁵⁹ A essa atuação do Supremo Tribunal Federal dá-se o nome de Ativismo Judicial, que ocorre quando há uma maximização da atuação do Poder Judiciário no espaço de atuação/ de competência dos outros poderes (vide a informação constante no link: <https://jus.com.br/artigos/57118/ativismo-judicial>).

Repita-se, não cabe ao Supremo Tribunal Federal avocar para si uma competência que não é sua e deixar de cumprir com o seu papel, porque o reflexo disso é a manifesta insegurança jurídica que se instaurou no país, sobretudo quando do entendimento exposto em 2016, com o HC nº 126.292 corroborado pelo Recurso Extraordinário em Agravo nº 964.246, acerca da possibilidade de antecipação da sentença penal transitada em julgado, abordada neste trabalho.

O Poder Legislativo é a esfera jurídica correta para que haja alteração de lei e para que os enquadramentos legais e sociais sejam feitos e não há o que se questionar quanto a isso.

Assim, pretende-se demonstrar a diferença entre a execução antecipada da pena e a prisão cautelar, bem como a inconstância do Supremo Tribunal em suas decisões acerca dessa possibilidade, dada a notória e grave afronta ao texto constitucional, ao art. 283, do Código de Processo Penal e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

3.1 Diferenciação entre Execução Provisória da Pena e Prisão Cautelar

Muito se tem exposto, até o presente momento, sobre os institutos e meios pelos quais perpassam o entendimento positivo acerca da execução antecipada da pena, que criam óbices na correta aplicação do texto constitucional e da legislação processual-penal, afrontando-os diretamente.

Por este motivo, faz-se necessário, ainda, criar um paralelo entre a Execução Antecipada e as espécies de prisão cautelar existentes no Brasil, haja vista a confusão e os limites transpostos com o entendimento exarado no *Habeas Corpus* 126. 292/16.

3.1.1 Mas afinal, o que é a execução antecipada da pena?

O sistema jurídico brasileiro tem entrado em colapso desde a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da possibilidade dada aos operadores do direito de executar a pena após decisão proferida em segunda instância. Esse entendimento permitiu que a insegurança jurídica se instaurasse e os próprios preceitos fundantes do ordenamento jurídico fossem questionados, já que a Carta Magna foi exposta e afrontada por quem deveria ser o seu defensor e os seus princípios foram expressamente violados (vide capítulo anterior).

A **Execução Antecipada da Pena** consiste no processo inconstitucional de relativização dada ao Princípio da Presunção de Inocência. Ou seja, essa execução quando ainda se tem recursos a serem interpostos permite que o indivíduo acusado por determinado crime comece a cumprir pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O autor Aury Lopes (p. 1370) essa possibilidade inconstitucional de antecipação da pena tornou-se possível devido a uma interpretação errônea do art. 637, do CPP que apresenta a inexistência de efeito suspensivo ao Recurso Especial e Extraordinário, cabíveis após decisão colegiada.

Segundo a opinião do relator do *Habeas Corpus* nº 126.292/2016, Ministro Teori Zavascki, o princípio da presunção de inocência perde sua aplicabilidade em 2ª instância, quando a sentença do juízo *a quo* pela condenação do sujeito é corroborada pelo Tribunal. E, por tal razão, “*não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual*”⁶⁰, permitindo que o acusado tenha sua liberdade restringida mesmo sem a existência do trânsito em julgado.

Nesse diapasão, o excelentíssimo Ministro Zavascki corroborou a tese do ministro supracitado afirmando que: “[...] *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência*”.

Da mesma forma, o ministro Edson Fachin argumentou que a regra expressa no inciso LVII do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 não poderia ser lida/interpretada de forma absoluta, porque é preciso balizá-la a outros princípios e regras constitucionais, que, lidas com a mesma ênfase, não impedem que o acusado seja restringido de sua liberdade antes do trânsito em julgado.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292 - SP. Relator: Teori Zavascki. Plenário. Diário de Justiça em 7 de fevereiro 2017. **STF:** 2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: julho 2018.

Não bastasse tal argumento, o ministro Fachin ainda ressaltou que o trânsito em julgado só ocorreria com a inércia em algum momento da parte sucumbente, mas que isso está sempre ligado às interposições de recursos, por mais que eles sejam infundados, e esdrúxulas sejam as razões recursais. Utilizou-se deste argumento para seguir o voto do relator.

Nesse sentido, parafraseando a autora Karoline Fernandes Lopes⁶¹ (p. 275), considerar que a execução antecipada da pena é um fenômeno jurídico legítimo, é o mesmo que defender que primeiro a liberdade deve ser cerceada para posteriormente ser analisada a defesa daquele sujeito preso.

A autora pontua que tal possibilidade “*demonstra não somente um descaso com o direito de liberdade outorgado pela democracia liberal, mas também um atentado direto a dignidade da pessoa humana*”.

Ou seja, em sua gênese a Execução antecipada da pena já se mostra fadada ao fracasso e, conseqüentemente, devastadora para a história jurídica do país. Quando se constrói a ideia de que é possível o sujeito cumprir pena antes do trânsito em julgado de sua sentença condenatória abre-se às portas para que aquele passe a viver sob o rechaço da sociedade por um crime que talvez não tenha cometido – já que sua culpabilidade ainda circunda o campo da imprevisibilidade até que haja o trânsito em julgado –, bem como o condiciona a compartilhar cela com diversos outros detentos em condições sobre-humanas.

Há que se dizer que o entendimento favorável do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 126.292/2016, quanto a execução antecipada da pena refletiu de forma prejudicial no ordenamento jurídico pátrio, porque a Constituição Federal, disposta por Hans Kelsen como norma fundamental que rege todo o Direito, foi diretamente violada e os seus princípios desconsiderados, propiciando a instauração da insegurança jurídica.

O que se torna ainda mais prejudicial face a inconstância do STF em seu entendimento, não sendo admissível a tese de que a mudança ocorre de acordo com os contornos que a sociedade está tomando, pois é a sociedade que deve se adequar a norma fundamental face à

⁶¹ LOPES, Karoline Fernandes Pinto. **Execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência: análise do retrocesso (in) constitucional do STF**. Natal: Revista In Verbis. V. 22. N. 42. P. 263-284. jul./dez. 2017. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153066. Acessado em 15 set 2019.

uma cláusula pétrea e não o contrário.

No mais, cabe aqui transcrever um trecho do artigo “O pêndulo do Supremo” disposto no site do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais⁶², sob coordenação de José Carlos Abissamata Filho, que contém a seguinte indagação:

“(...) o conteúdo normativo da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro exige o trânsito em julgado da decisão ou permite a acrobacia hermenêutica adotada pelo Supremo? A mera leitura do art. 5º da Constituição resolve o problema ao consignar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Inadmissível a nova orientação.”

Posicionamento este que se complementa com o que dispõe Karoline Fagundes⁶³ (p. 277):

“(...) podemos concluir que a permissão de execução da pena antes do trânsito em julgado, além de ferir frontalmente o princípio da presunção de inocência, também restringe outros princípios constitucionais, quais sejam: a ampla defesa, devido processo penal, dignidade da pessoa humana, da legalidade, o acesso à justiça e a força normativa da Constituição. Não aplicar essas garantias ao longo da persecução penal é tratar a questão de maneira ilegal e inconstitucional.”

3.1.2 O que é a prisão cautelar e quais são suas espécies?

O sistema processual-penal pátrio aceita apenas 3 espécies de prisão, a saber: 1) Temporária, 2) em Flagrante e 3) Preventiva. Essas prisões são tidas como prisões cautelares e são aceitas para que se mantenha a ordem processual, a garantia da investigação e o bom resultado esperado. Por tal razão, espera-se, quando cabível, que essas prisões sejam feitas após expedição do mandado de prisão, para que a mesma não se torne ilegal (art. 283, do CPP).

A Carta Magna prevê no inciso XLI do art. 5º, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, o que corrobora o acima exposto.

⁶²BCCRIM. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial - O pêndulo do Supremo. São Paulo: **Boletim IBCCRIM**. V. 24. N. 281, P. 01., abr. 2016. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128862>. Acessado em: 25 set 2019.

⁶³ LOPES, Karoline Fernandes Pinto. **Execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência: análise do retrocesso (in) constitucional do STF**. Natal: Revista In Verbis. V. 22. N. 42. P. 263-284. jul./dez. 2017. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153066>. Acessado em 15 set 2019.

Nesse contexto de prisão, o autor Eugênio Pacelli⁶⁴ ressalta que o sistema prisional foi construído e estipulado no Código de Processo Penal de 1941, em sua forma primitiva, de forma a garantir a chance de antecipação da culpabilidade, mas que tal realidade se alterou com a advento da Constituição Federal de 1988, que, como dito acima, só permite a prisão antecipada mediante ordem escrita e fundamentada (p. 605).

O autor ressalta que a impossibilidade da prisão ocorrer antes do trânsito em julgado não ficou apenas restrita à Lei Maior, pois o CPP também prevê tal vedação com a nova redação dada ao art. 283 pela Lei 12.403/2011.

Os mestres em Direito, Ivan Luís Marques e Nidal Ahmad, no livro “Prática Penal”⁶⁵ (p. 51) dispõem que a *“prisão penal materializa-se com o trânsito em julgado da decisão condenatória a uma pena privativa de liberdade. Essa pena de prisão deverá ser executada pelo condenado que perde, em relação ao fato processado, o status de presumido inocente”*.

Feitas tais considerações, partir-se-á para a análise dos institutos prisionais brasileiros.

A **Prisão Temporária**, é prevista na Lei nº 7.960/1989, sendo possível apenas quando do inquérito policial. Esta espécie visa assegurar o bom desempenho da investigação policial, evitando que a parte investigada crie óbices e/ou interfira de qualquer outro modo prejudicial para a análise do crime.

NUCCI (2016, p. 554-555) afirma que a prisão temporária só ocorre quando, como dito acima, for imprescindível para a investigação policial e quando o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários para sua identificação. O disposto pelo autor pode ser visto no art. 1º, I e II, da Lei 7.960/89.

Já o autor Aury Lopes⁶⁶ (p. 835) diz que para que esta prisão ocorra é preciso verificar se ela é adequada à finalidade apontada pela autoridade policial, e não apenas verificar se ela é necessária para a investigação e a coleta de provas. Afirma que essa análise se faz necessária

⁶⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas. 2019. P. 1.282.

⁶⁵ SILVA, Ivan Luís Marques da. AHMAD, Nidal. Passe na OAB – 2ª fase, FGV completaço. **Prática Penal**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2019. Coordenação de Marcelo Hugo da Rocha. P. 439.

⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. P. 1596.

para que não se restrinja a liberdade de alguém em vão e para averiguar se em seu lugar não pode ser aplicada outra medida menos gravosa.

O autor frisa, também, que essa espécie de prisão foi institucionalizada na vigência do governo do ex-presidente José Sarney por pressão das autoridades policiais, que perdeu parte de seu poder investigatório com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e que a sua nomenclatura não é propícia, visto que inexistente no sistema jurídico pátrio a prisão perpétua (p. 836).

No mais, informa que seu prazo é contado da seguinte forma: a) em regra, 5 dias (art. 2º, *caput* da Lei 7.960) e b) em casos de crime hediondo e equiparados, 30 dias (art. 2º, §4º, da Lei 7.960) – ambos prorrogáveis por igual período, quando comprovada a extrema necessidade.

Após esses prazos, o sujeito deve ser posto, imediatamente, em liberdade, sem que haja a necessidade de expedição, pelo magistrado, de alvará de soltura.

Já a **Prisão em Flagrante** é definida no livro de Ivan Marques e Nidal Ahmad (2019, p.51) como sendo aquela que ocorre quando o sujeito está cometendo o crime e/ou quando ele acabou de cometê-lo e é perseguido ininterruptamente, sendo preso com os objetos ou proveitos da infração. Daí o Estado poderá exercer seu poder de polícia, prendendo o infrator e levando à delegacia para lavratura do auto de prisão em flagrante.

O autor Guilherme Nucci (2016) dispõe que esse tipo de prisão é considerada administrativa, justamente por poder ocorrer durante a execução da ação ou após ter sido concluída a infração penal, seja ela crime ou contravenção penal.

Seguindo a mesma linha que estes autores, Aury Lopes (2019, p. 737) afirma que a situação de flagrância se torna possível devido ao “*fumus comissi delicti*”, ou seja, pela fumaça do cometimento do delito.

Está disposta no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, sendo em seu caso dispensada a necessidade de expedição de mandado de prisão:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

Também encontra previsão no Capítulo II do Código de Processo Penal, mais precisamente nos art. 301-310. Veja:

*“Art. 301. **Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender** quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Grifou-se*

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

...”

Assim, preso o sujeito em flagrante, deve o mesmo ser encaminhado à Audiência de Custódia no prazo de 24 horas, na presença do juiz competente, para que o mesmo seja ouvido, assim como às testemunhas, sendo ao final entregue ao preso sua nota de culpa (art. 304 a 306, § 1º, ambos do CPP0). Nesta audiência o juiz poderá relaxar a prisão, por ser ela ilegal, conceder a liberdade provisória do preso ou converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, do CPP).

Aury Lopes (2019, p.738) salienta, por fim, que a prisão em flagrante “*serve de prelúdio (preludio subcautelar) para eventuais medidas coativas pessoais, garantindo sua execução.*”

E, no tocante a **Prisão Preventiva**, a mesma é entendida por Renato Brasileiro da Silva⁶⁷ como “*espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizados do art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319)*”..

⁶⁷ SILVA, Renato Brasileiro da. **Manual de Processo Penal**. 5ª edição, atualizada e ampliada. Volume Único. Salvador/Bahia: Editora Juspodvium. 2017. P. 1841.

Essa espécie de prisão, por mais estranho que se pareça, permite que a vítima se utilize do assistente de acusação para requerê-la. Isto tornou-se necessário graças ao advento da Lei 12.40/2011. Essa nova possibilidade dada garante uma participação mais efetiva da vítima no transcurso do inquérito policial e da ação penal, já que o mesmo sai do papel de “coitadinho” ao qual é posto, para ser parte principal na ação e na correta aplicação da lei.

Respeitando o princípio da razoabilidade do processo, essa espécie de prisão processual não possui um prazo fixado em lei, perdurando até quando cessarem os motivos que levaram o acusado/investigado a ser preso – não podendo ultrapassar a decisão absolutória, se for o caso (Guilherme Nucci, 2016, p. 575-576).

O autor Guilherme Nucci (2016, p.576), afirma o seguinte:

“A prisão preventiva tem a finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal, não podendo esta se prolongar indefinidamente, por culpa do juiz ou por atos procrastinatórios do órgão acusatório. Se assim acontecer, configura constrangimento ilegal. Por outro lado, dentro da razoabilidade, havendo necessidade, não se deve estipular um prazo fixo para o término da instrução, como ocorria no passado, mencionando-se como parâmetro o cômputo de 81 dias, que era a simples soma dos prazos previstos no Código de Processo Penal para que a colheita da prova se encerrasse. Atualmente, outros prazos passaram a ser estabelecidos pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008, consistentes em 90 dias, para a conclusão da formação da culpa no júri (art. 412, CPP) ou 60 dias, para a designação da audiência de instrução e julgamento no procedimento ordinário (art. 400, caput, CPP), ou ainda de 30 dias, para a designação de audiência de instrução e julgamento no procedimento sumário (art. 531, CPP).(...) Na realidade, os prazos estabelecidos para a conclusão dos atos de instrução são impróprios, vale dizer, não há sanção alguma se forem descumpridos. Porém, isso não significa que ultrapassá-los, sem motivo razoável, possa manter o acusado preso indefinidamente.”

O mesmo ainda ressalta (p. 579) que são três os requisitos mínimos para sua decretação: 1) certeza da materialidade do crime, 2) indícios mínimos de autoria e 3) enquadrar-se numa das hipóteses previstas no art. 312, acima transcrito.

Além disso, ressalta que deve a prisão preventiva ser decretada para garantir a ordem pública e econômica, ser conveniente a instrução criminal e para garantir a boa e eficaz aplicação da lei penal.

Assim, percebe-se que não existem pontos de intersecção entre essa espécie de prisão cautelar e a execução antecipada. Haja vista que ambas são por deveras diferentes, a primeira é legal/constitucional e a segunda é, claramente, ilegal/inconstitucional já que sequer é reconhecida em dispositivo legal.

Como dito alhures, a Execução Antecipada da Pena é a relativização dada ao Princípio da Presunção de Inocência - anteriormente tratado – e ao art. 283, CPP, na qual se permite que o indivíduo acusado por determinado crime comece a cumprir pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

De 2009 até 2016, entendeu-se que essa possibilidade era inconstitucional e inaplicável no Brasil, graças ao *Habeas Corpus* 84.078/09, de relatoria do ministro Eros Graus.

Fatidicamente, em 2016 (*Habeas Corpus* 126.292), esse entendimento foi regredido e o Supremo Tribunal Federal passou a entender pela possibilidade da execução provisória da pena, assim como fez em entendimento exarado em 1995.

Como pode se inferir da leitura deste tópico, não existe justificativas plausíveis para se considerar constitucional e, até mesmo, coerente a prisão em segunda instância. Isto porque, para além de ferir o princípio da presunção de inocência e pôr em xeque a força e legitimidade da Constituição Federal, há previsão no Código de Processo Penal (art 283) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.2) que impedem a antecipação do cumprimento da pena.

Ademais, essa espécie de prisão não possui sequer caráter cautelar (lembrando que no sistema processual-penal pátrio só existem apenas 3 espécies de prisões: em Flagrante, Preventiva e Temporária), perfazendo-se apenas numa prisão pautada num entendimento jurisprudencial eivado de vícios, interesses pessoais e no populismo midiático e político.

3.2 A esperança no restabelecimento da força normativa da Constituição Federal ressurgiu com nova decisão do STF

O entendimento exarado no *Habeas Corpus* nº 126.292/2016, quanto a possibilidade de execução da pena após sentença confirmatória de culpabilidade em segunda instância gerou muita discussão no mundo político, social e, sobretudo, no jurídico.

A partir daquela decisão, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ainda em 2016, ajuizaram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 43 e 44, visando a concessão de medida liminar para suspender

a possibilidade de execução provisória da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Argumentavam que a nova posição adotada pelo Supremo permitiu que diversos processos, independentemente da instância, fossem sentenciados sem respeitar o art. 283, do Código de Processo Penal.

O que demonstra que as ações, para além de discutirem a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado e o princípio da presunção de inocência, foram ajuizadas para determinar se o art. 283, do CPP é ou não constitucional e se possui ou não força vinculante.

O relator destas ações, Ministro Marco Aurélio, na Sessão Plenária datada em 1º de setembro de 2016, expressou voto no sentido da constitucionalidade do supracitado artigo processual penal, concedendo a cautelar requerida. No entanto, sua decisão não se manteve, pois os ministros daquela Suprema Corte entenderam que o disposto no artigo em nada influi na antecipação do cumprimento da pena após o esgotamento do julgamento em 1ª e 2ª instâncias, além de disporem que o art. 283, CPP deve receber interpretação conforme à Constituição⁶⁸.

A chancela desse entendimento, diga-se de passagem, contrário ao que se entende por correto e respeitável quanto ao texto da Lei Maior, veio com o voto da ministra Carmen Lúcia, até então presidente do Supremo Tribunal. Naquela oportunidade, Carmen Lúcia ressaltou que a população urgia por uma resposta jurídica, e que ela só viria com uma duração razoável do processo.

Cabe aqui frisar que não se mostra plausível alegar que a duração razoável do processo é a raiz e a solução para a crise e a morosidade processual existentes na esfera jurídica, sobrepondo-a ao indivíduo, que bem como dita a Carta Magna deve ter sua dignidade humana respeitada e ser presumido inocente até o trânsito em julgado.

⁶⁸ Cabe aqui, dispor o entendimento dos autores Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: *"O princípio da interpretação das leis conforme à Constituição (...) não "nasceu" propriamente na Alemanha, além de ter alcançado uma difusão que transcende as fronteiras da Europa, já pelo fato de estar fundado na noção da supremacia da Constituição e da sua estreita relação com o controle de constitucionalidade das leis. Assim, não causa surpresa que também no Brasil a interpretação conforme a Constituição tenha sido recepcionada e transformada mesmo em técnica decisória do controle de constitucionalidade expressamente consagrada em documento legislativo, em que pese a sua recepção e desenvolvimento tenham, como em outros lugares, matriz jurisprudencial, por conta da atuação do STF (...)"* (SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. P. 290-291).

O Partido Patriota (antigo PEN), apesar de ter sido ajuizada a ADC nº 43, reformulou seu petítório, adotando o entendimento de que o julgamento em duas instâncias já é o suficiente para se aferir a culpabilidade e que, de tal modo, não há afronta ao princípio da presunção de inocência.

Seguindo a mesma linha da Ordem dos Advogados do Brasil, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ajuizou, em abril de 2018, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54, visando o reconhecimento da impossibilidade da antecipação do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado e da constitucionalidade do art. 283, do CPP, além de ter requerido a suspensão de verbetes sumulares, tal qual a Súmula nº 122, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁶⁹, que passaram a permitir a prisão em segunda instância de forma automática.

A decisão final destas ações perdurou até o presente ano, à luz de diversos debates entre os ministros do Supremo Tribunal Federal. O que permitiu que a insegurança jurídica se agravasse, assim como possibilitou que o descrédito na Constituição Federal e em seu guardião se enraizassem, deixando de ser uma opinião para se tornar uma realidade.

A demora para o julgamento destas ações demonstrou, ainda, que apesar de já ter sido anteriormente expresso entendimento quanto a possibilidade da prisão em segunda instância, não há certeza se esta foi a melhor decisão, muito menos se o princípio da presunção de inocência e o art. 283, do CPP não foram violados.

No presente ano de 2019, as ADCs nº 43, 44 e 54 voltaram a ser objeto de discussão quando a Advocacia-Geral da União (AGU) e a Procuradoria-Geral da República (PGR) apresentaram manifestação para que fosse reconhecida a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado e a inconstitucionalidade do art. 283, CPP, respectivamente.

Por este motivo, o STF agendou sessão plenária para que enfim se chegasse a uma conclusão sobre a temática objeto daquelas ações.

⁶⁹ "Súmula 122: Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário". D.E. (Judicial) de 14-12-2016. Disponível em <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4&seq=194%7C967>. Acesso em 31 out 2019.

Em 17 de Outubro, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli abriu sessão plenária expondo o caso discutido, abrindo espaço para sustentação oral dos membros da Sociedade Civil, do Partido Patriota, da OAB e do Partido Comunista do Brasil, que expuseram seus motivos para serem a favor ou contra a prisão em segunda instância.

Já em 23 de outubro, o julgamento foi retomado tendo como primeiro ato a leitura do voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, relator das ações.

O ministro-relator ressaltou que

“O princípio da não-culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, à preclusão, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir”.

Este argumento fora utilizado para afirmar que o trânsito em julgado é o marco necessário para que o sujeito venha a ser restringido de sua liberdade, visto que ao longo do processo decisório há mecanismos de atenuação da condenação bem como a reversão acerca de sua culpabilidade.

Além disso, o ministro frisou que atrelada a possibilidade de execução antes do trânsito em julgado está a questão da superlotação do sistema carcerário. O jornalista Fernando Martines apresentou matéria no sítio eletrônico “Consultor Jurídico”⁷⁰, em agosto deste ano, no qual há a informação de que o Brasil tem índice de população carcerária de 166%, totalizando 729.949 presos – ressalta-se que o total de presídios existentes no país comportam apenas 437.912 presos.

Este é um dos problemas que os defensores da prisão em segunda instância não cogitam. Não se mostra plausível cogitar tal possibilidade sem sequer sopesar seus reflexos na população carcerária, o que demonstra que seus defensores querem montar um espetáculo com tantas prisões e criar na sociedade o sentimento de que a “justiça está sendo feita”. E pior, parecem encabeçar a tese de Nicolau Maquiavel de que “*os fins justificam os meios*”.

⁷⁰ MARTINES, Fernando. Brasil tem superlotação carcerária de 166% e 1,5 mil mortes em presídios. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 22 agosto 2019.

Antes de proferir seu voto declarando procedente as ADCs, Marco Aurélio frisou que a questão da superlotação carcerária demonstra a

“(...) importância do marco revelado pela preclusão maior do título condenatório, quando a materialidade delitiva e a autoria ficam estremes de dúvidas e devidamente certificadas pelo Estado-Juiz. Em cenário de profundo desrespeito ao princípio da não culpabilidade, sobretudo quando autorizada normativamente a prisão cautelar, não cabe antecipar, com contornos definitivos – execução da pena –, a supressão da liberdade. Deve-se buscar a solução consagrada pelo legislador nos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal, em consonância com a Constituição Federal e ante outra garantia maior (...)”.

Ainda naquela sessão, o ministro Alexandre de Moraes proferiu voto a favor da prisão em 2ª instância, apontando que

“O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL se mantém à altura de sua imprescindível missão constitucional atuando com seriedade, imparcialidade, transparência e coragem, tentando, sempre dentro de suas limitações inerentes a qualquer órgão composto por seres humanos, conceder à Constituição Federal a melhor interpretação para o fortalecimento do nosso país e de todos os brasileiros. Um Poder Judiciário sem coragem jamais exerceria sua missão constitucional com independência e altivez.”

Quão falaciosa se mostra essa posição do ministro! Há tempos a Suprema Corte não tem cumprido seu papel, e quando o faz profere decisões eivadas de parcialidade e interpretações que afrontam à Constituição.

Alexandre de Moraes ainda trouxe o argumento de que durante os 31 anos da Constituição Federal vigente, as mudanças de entendimento do Supremo não influenciaram em nada o sistema penitenciário nacional, mas que foram eficazes para o combate à corrupção.

Ora, de fato, a atuação do Ministério Público Federal no combate à corrupção tem logrado resultados positivos. Mas não há como se aludir tal situação à possibilidade de executar a pena antes do trânsito em julgado, porque ela ocasiona a abertura de precedentes que impactam principalmente a população menos abastada, além de causar uma majoração da comunidade carcerária sem necessidade e sem prever meios de correção dessa que já sofre sérios problemas ligados aos direitos humanos.

E mais, se não houve quaisquer influências por que a comunidade carcerária é tão extensa e tão precária?

Outrossim, o ministro destaca em seu discurso que

“Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em benefício da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva.”

Subverte-se a harmonização dos princípios quando a própria Suprema Corte inviabiliza o princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório, da ampla-defesa e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, princípios basilares do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, cabe aqui apontar que a ministra Rosa Weber afirmou, quando do seu voto, que o princípio da presunção de inocência é garantia fundamental prevista na Lei Maior e que jamais pode ser lido pela metade, declarando que

“Trata-se de amarra insuscetível de ser desconsiderada pelo intérprete, diante da regra expressa veiculada pelo Constituinte ao fixar o trânsito em julgado como termo final da presunção de inocência, no momento em que passa a ser possível impor aos acusados os efeitos da atribuição da culpa, não é dado ao intérprete ler o preceito constitucional pela metade, ignorando a regra”. grifou-se

Não poderia estar mais certa a ministra e seria um ganho ao meio jurídico se todos entendessem dessa forma.

Nas sessões dos dias 23 e 24 de outubro tudo indicava que o STF manteria seu entendimento quanto à possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, haja vista que os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso e Luiz Fux votaram a favor de sua ocorrência e os ministros Marco Aurélio de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber votam contra.

O cenário que se desenhava fez efervescer ainda mais a discussão entre aqueles que são a favor e contra a possibilidade da prisão em segunda instância. Muitos levantam a bandeira de que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado é medida necessária para combater a impunidade criminal e social enraizadas no país; acreditam cegamente que esta

impunidade é consequência da má gestão do Partido dos Trabalhadores (PT), que esteve no poder do país por, aproximadamente, 16 anos, e, principalmente, do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

O filósofo Thomas Hobbes dispunha a tese, apresentada no livro ‘O Leviatã’, de que “*O homem é o lobo do próprio homem*”, por este motivo não se retira a culpa do Partido dos Trabalhadores, do ex-presidente Lula e dos demais governantes para a crescente impunidade criminal existente no Brasil, visto que ao mesmo tempo em que criavam medidas para diminuir às desigualdades existentes entre pobres e ricos no país, abocanhavam parte das verbas auferidas e faziam alianças prejudiciais para a nação.

Entretanto, a culpa não pode ser atribuída apenas a eles, visto que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, também detém sua parcela de contribuição, visto que há não têm cumprido seu papel de guardião da norma constitucional, violando o texto constitucional, sobretudo a cláusula pétrea disposta no inciso LVII, do art. 5º, da CRFB, para fazer valer interpretações doutrinárias.

Retomando o julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, no dia 11 de novembro, os ministros da Suprema Corte mostraram-se divididos quanto a questão empatando a votação, deixando a decisão nas mãos do ministro-presidente, Dias Toffoli.

Antes, contudo, de expor o voto de Dias Toffoli, mostra-se importante trazer à baila os argumentos contra a prisão em segunda instância apresentados pelo ministro-decano, Celso de Mello. O ministro Celso de Mello defende em seu voto que

“(...) a corrupção deforma o sentido republicano da prática política, afeta a integridade dos valores que informam e dão significado à própria ideia de República, frustra a consolidação das Instituições, compromete a execução de políticas públicas em áreas sensíveis como as da saúde, da educação, da segurança pública e do próprio desenvolvimento do País, além de vulnerar o princípio democrático, como sustentam, sem exceção, todos os Ministros desta Suprema Corte, tanto aqueles que entendem imprescindível o trânsito em julgado, quanto os que admitem a execução provisória.”

E complementa este argumento afirmando que

“(...) não constitui demasia insistir no fato de que a corrupção traduz um gesto de perversão da ética do poder e de erosão da integridade da ordem jurídica, cabendo ressaltar que o dever de probidade e de comportamento honesto e transparente configura obrigação cuja observância impõe-se a todos os cidadãos desta República

que não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper.”

Como bom defensor do Direito, Celso de Mello ainda apresenta o argumento de que

“(..) o Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional e máximo guardião e intérprete da Constituição da República, garantirá, de modo pleno, às partes de tais processos, na linha de sua longa e histórica tradição republicana, o direito a um julgamento justo, imparcial e independente, em contexto que, legitimado pelos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, repele a tentação autoritária de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência”.

Penosamente, essa função do Supremo não tem sido cumprida!

Para desempatar os votos dos ministros da Suprema Corte, o ministro Dias Toffoli apresentou vasta e prolixa argumentação acerca da temática, fazendo alusão a diversas operações e casos como, p. ex., o caso do Mensalão e o caso da Boate Kiss.

Na oportunidade, Dias Toffoli votou contra a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, sob o argumento de que o art. 283, do Código de Processo Penal possui interpretação conforme o inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Apontou que o julgamento das ADCs e a sua decisão não possuíam cunho ‘pretensionista’ e muito menos estava sendo tomada em virtude de qualquer situação particular, mas que estava apenas seguindo a vontade do Congresso, afirmando que *“O Parlamento decidiu a necessidade do trânsito em julgado. Não é um desejo do juiz, não é um desejo de outrem, que não os representantes do povo brasileiro”*.

Causa estranheza que o ministro se preocupe em explicar tal questão. Cria-se espaços para dúvidas quando tal argumentação é utilizada porque demonstra que, no fundo, algum partido está sendo tomado, e neste caso não parece ser o “partido” da Constituição.

Ao desempatar a votação, tornando impossível a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, Dias Toffoli permitiu que os efeitos desse veto sejam vinculantes a todas as instâncias jurídicas.

Ressalta-se que apesar da mudança de concepção do Supremo, não há que se falar que todos aqueles que foram presos sob a égide do entendimento anterior serão postos em liberdade. Os processos de cada um dos presos em 2ª instância serão revistos pelo Tribunal e, somente, após esta análise é que será possível expedir ou não alvará de soltura.

Ademais, cabe ainda frisar que o ministro Dias Toffoli ao proferir seu voto decisivo demonstrou querer “lavar suas mãos” e livrar o Supremo Tribunal Federal da fama de “órgão midiático e populista” ao proferir decisão que muitos doutrinadores, advogados e defensores da Constituição entendem como a correta.

Toffoli quis recuperar o respeito do STF, mas apenas possibilitou que a tese de Thomas Hobbes de que “*o homem é lobo do próprio homem*” se tornasse real ao criar a oportunidade do Parlamento rever o atual entendimento do Supremo, modificando o art. 5º, LVII da Constituição Federal e o art. 283, do Código de Processo Penal.

Tal argumento é corroborado com a matéria escrita pela jornalista Caroline Brígido, no sítio eletrônico “oglobo.globo.com”⁷¹, na qual ela expõe que a seguinte fala do ministro Dias Toffoli “*O Parlamento pode alterar esse dispositivo. O Parlamento tem autonomia para dizer, neste momento, sobre eventual prisão em razão de condenação (em segunda instância)*”.

Independentemente das possibilidades, implicitamente, abertas pelo ministro, a mudança de entendimento foi uma vitória para o sistema jurídico brasileiro e, sobretudo, para a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, que voltou a ter seu texto respeitado, assim como voltou a reestruturar o ordenamento jurídico pátrio e a restaurar a ordem jurisdicional.

⁷¹ BRÍGIDO, Carolina. Prisão em 2ª instância: Toffoli diz que libertação não é automática e que Congresso pode mudar regra. **O Globo**. Rio de Janeiro, 07 novembro 2019. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/prisao-em-2-instancia-toffoli-diz-que-libertacao-nao-automatica-que-congresso-pode-mudar-regra-1-24069070>>. Acesso em 14 nov 2019.

CONCLUSÃO

O princípio da presunção de inocência é tratado na Constituição Federal de 1988, propriamente em seu art. 5º, LVII, funcionando como cláusula pétrea. Dispõe este que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Este princípio não encontra previsão apenas no texto constitucional, como também no art. 283, do Código de Processo Penal e no art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O que demonstra ser ele um princípio que visa resguardar o indivíduo no campo nacional e internacional, evitando que recaia sobre ele o poder punitivo exacerbado do Estado e dos aplicadores do Direito.

Como trazido por Gustavo Badaró⁷² existe uma regra de tratamento e uma regra probatória, na qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem que aquele que acusa deve comprovar a veracidade das acusações feitas ao outro, respectivamente.

Daí porque vedava-se que o Ordenamento Jurídico pátrio, sob os cuidados dos magistrados estaduais e federais e desembargadores, autorizasse a Execução Antecipada da Pena antes da sentença penal condenatória transitar em julgado.

Em 2009, com o *Habeas Corpus* nº 84.078 a Suprema Corte apresentou argumentos que impossibilitaram que tal questão se tornasse viável no meio jurídico. Entretanto, em 2016, por meio de *Habeas Corpus* nº 126.292 e o Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246, o STF mudou seu posicionamento aceitando que o indivíduo venha a cumprir a pena confirmada em 2ª instância antes que sua via recursal fosse esgotada, para ceder à pressão política, da mídia e da população.

A mudança de entendimento do Supremo naquele ano mostrou-se amplamente afrontosa à Constituição Federal, bem como ao art. 283, do CPP. Isto porque, ambos preveem a necessidade do trânsito em julgado para que o indivíduo venha a cumprir sua sentença condenatória, já que somente após o esgotamento da via recursal é que a culpabilidade do

⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2ª edição, revista, atualiza e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 510.

sujeito se mostra efetiva e imutável.

Entretanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292 fez com que se perdesse a confiança de que a justiça brasileira seria capaz de fulminar a corrupção e a impunidade que há anos assola a nação - indo desde a população menos abastada até a última instância jurídica -, passando-se a preferir que a justiça seja feita pelas próprias mãos. Perdeu-se a confiança de que o Supremo Tribunal Federal esteja executando seu papel de guardião da Constituição Federal e por isso se disseminou entre a sociedade e os estudiosos a opinião de que a Lei Maior poderia ter seu texto rasgado, porquanto a proteção ao indivíduo já não vinha sendo praticada.

Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de prisão antecipada apenas mediante ordem escrita e fundamentada. E que as únicas espécies admitidas no ordenamento jurídico são as prisões em flagrante, temporária e preventiva – o que demonstra que a possibilidade da execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é inconstitucional.

Após 3 anos da mudança de entendimento, a Suprema Corte colocou em pauta a votação das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, ajuizadas pelo Partido Patriota, Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Partido Comunista do Brasil, para que fosse determinado, de uma vez por todas, se a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado é possível no país e se seu efeito é vinculante.

Em julgamento no dia 7 de novembro do presente ano, o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto decisivo do ministro Dias Toffoli, bateu o martelo e vetou a possibilidade da execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ressaltando que é preciso respeitar o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da CF, tendo em vista ser ele cláusula pétrea que não pode ser alterada, assim como mostra-se necessária a correta aplicação do art. 283, do CPP.

A mudança de entendimento da Suprema Corte foi uma vitória para os operadores e estudiosos do Direito garantistas, porquanto a Carta Magna de 1988 voltou a ser respeitada e voltou a reestruturar toda a normativa jurídica. Mas, infelizmente, não foi capaz, pelo menos

no momento, de reerguer o respeito e o papel do STF de guardião da norma suprema que rege todo o Direito.

Isto decorre do notório papel submisso do qual a Corte se permite fazer para ceder à pressão midiática, populacional e política, que refletem a própria discordância que existe nos entendimentos dos ministros que a compõe.

A decisão de 2016 demonstrou ser totalmente inconstitucional, porquanto violou cláusula pétrea disposta no inciso LVII, do art. 5º, que prevê a impossibilidade do acusado ser preso antes do trânsito em julgado de sua condenação. Inconstitucionalidade esta que pôs em xeque a força da Carta Magna e permitiu que não só o princípio da presunção de inocência fosse invalidado, como os demais princípios basilares do ordenamento jurídico.

Não só se mostrou inconstitucional, como permitiu uma desmoralização do Judiciário, porquanto permitiu que muitos magistrados punissem pessoas menos abastadas, principalmente negras, de periferia e sem escolaridade, e ‘suavizassem’ a aplicação da pena daqueles que possuem influência e poder (seletividade carcerária-processual).

Esta também se demonstrou quando o STF passou a ceder à pressão midiática para se sair como herói ou justiceiro, e quando permitiu que fosse gerado na população o sentimento de que a justiça estava sendo realizada, mesmo que isso não passasse de uma falácia e uma afronta à Constituição Federal.

Vive-se em um estado democrático, no qual existe uma Lei Suprema que rege todo o direito e que tem como objetivo à proteção de todos os indivíduos brasileiros e estrangeiros que vivem no país. **É por essa Lei, unicamente por ela, que se defende a todo custo a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado!**

Hoje essa impossibilidade se tornou real. Mas assim como a decisão anterior exarada no HC 126.292/2016, corroborada no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246, este novo entendimento apresentado pelo Supremo mostrou-se eivada de interesses e uma jogada de marketing dos ministros do Supremo Tribunal Federal para tentar recuperar sua reputação e o

seu crédito enquanto guardião da Carta Magna, não para recuperar a força da Lei Maior e o respeito à sua cláusula pétrea.

Entretanto, sendo jogada de marketing ou não, meio de angariar benesses e vantagens ou não, há que se dizer que a decisão foi um ganho para a Constituição Federal e um marco para que o ordenamento jurídico e a segurança jurídica sejam reerguidas e respeitadas no país.

Por fim, cabe as seguintes indagações: **I) Até quando a Constituição Federal manterá seu papel de Norma Suprema de todo o ordenamento jurídico? II) Até quando o Supremo Tribunal Federal subverterá seu papel de guardião da Lei Maior em prol da pressão política e midiática, invalidando cláusula pétrea? III) Até quando esta Corte usurpará o papel do legislativo sem se preocupar com as consequências? e IV) Até quando o Princípio da Presunção de Inocência e a vedação à Execução Antecipada da Pena serão aceitas no Brasil?**

Infelizmente as respostas para estas perguntas, ainda, não se mostram palpáveis e concretas. Isto porque existe o sentimento de que o STF se encontra em um ciclo vicioso sobre a possibilidade ou não da execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado, demonstrando que nem mesmo a força normativa dada à cláusula pétrea do art. 5º, LVII e ao princípio da presunção de inocência é capaz de fazer que com a Corte Extraordinária decida em prol, única e exclusivamente, do cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Colisão das Normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação**. Brasília/DF: Revista de Informação Legislativa. Jul/Set de 2014. Ano 51. Número 203.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Natalier de. **Instâncias jurídicas: conheça os tão famosos graus de jurisdição!**. Santa Catarina: ONG Politize! - Instituto de Educação Política. 21 agosto 2018. Disponível em <<https://www.politize.com.br/instancias-da-justica-conheca-os-tao-famosos-graus-de-jurisdicao/>>. Acessado em 10 out 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS FEDERAIS. **STF funciona como quarta instância, diz Peluso**. Bahia-Salvador: JusBrasil. 2010. Disponível em <<https://anadef.jusbrasil.com.br/noticias/2521730/stf-funciona-como-quarta-instancia-diz-peluso>>. Acesso em: 24 maio 2019.

AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 9ª edição, revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense. São Paulo: Editora Método. 2017. p. 924.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. **A instrumentalidade objetiva do recurso extraordinário**. Brasília: Revista de informação legislativa – RIL. V. 48. N. 190. P. 205-210. Abr./jun. 2011. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=88791>. Acesso em: 23 out. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6ª Edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Revista dos Tribunais. 2018. P.1229.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2ª edição, revista, atualiza e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 510.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 707.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª edição revisada. São Paulo: Editora Saraiva. 2009. p. 430.

BIASOTTI, Carlos. **Da morosidade(inevitável) da Justiça**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 17, p. 08., jun. 1994. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13537>. Acesso em: out. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 23ª edição, revisada e atualizada. Volume 1 – parte geral. São Paulo: Editora Saraiva. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 out 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2019**. Brasília. 2019. P. 238. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 10 out 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República. Diário Oficial da União em 31 dez 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 15 set 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Presidência da República. Diário Oficial da União em 13 out 1941, retificado em 24 out 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 15 set 2018.

BRASIL. Legislação de Direito Internacional. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969**. Organização: Aziz Tuffi Saliba. 6ª edição. São Paulo: Editora Rideel. 2011. P. 189- 198.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Nasce o Recurso Especial**. Institucional. História. Brasília - Distrito Federal. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/sites/portalt/Institucional/Historia/Nasce-o-Recurso-Especial>>. Acesso em 20 out 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Cartilha do Poder Judiciário**. Brasília: STF. Secretaria de Documentação. 2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaGlossarioMirim/anexo/Cartilha_Glossrio_STF16042018_FINAL_ELETRONICO.pdf>. Acesso em 15 out 2019. P. 40.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 71.959. Relator: Marco Aurélio. Segunda Turma. Diário de Justiça em 02 de maio de 1995. **JusBrasil**: 1996. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746795/recurso-em-habeas-corpus-rhc-71959-rs>>. Acesso em: junho 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078 - MG. Relator: Eros Grau. Tribunal Pleno. Diário de Justiça em 05 de fevereiro de 2019. **STF**: fevereiro 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=103700>>. Acesso em: junho 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292 - SP. Relator: Teori Zavascki. Plenário. Diário de Justiça em 7 de fevereiro 2017. **STF**: 2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: julho 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246 - Repercussão Geral. Relator: Teori Zavascki. Plenário. Diário de Justiça em 28 out 2016. **STF**: 2017. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: jul 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 43. Relator: Marco

Aurélio. Tribunal Pleno. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: novembro 2019.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da 4ª Região. Processual-Penal. Súmula nº 122. Disponível em <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4&seq=194%7C967>. Acesso em 29 out 2019.

BRITO, Alexis Couto de. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2015. p. 538.

BRÍGIDO, Carolina. Prisão em 2ª instância: Toffoli diz que libertação não é automática e que Congresso pode mudar regra. **O Globo**. Rio de Janeiro, 07 novembro 2019. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/prisao-em-2-instancia-toffoli-diz-que-libertacao-nao-automatica-que-congresso-pode-mudar-regra-1-24069070>>. Acesso em 14 nov 2019.

CANESIN, Bruna de Paiva. **A execução provisória da pena e o princípio constitucional da presunção de inocência: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292**. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 27, p. 381-396., 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=145584>. Acesso em: 11 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Primeira instância, segunda instância... Quem é quem na Justiça Brasileira?**. Bahia- Salvador: JusBrasil. 2012. Disponível em <<https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/100111134/primeira-instancia-segunda-instancia-quem-e-quem-na-justica-brasileira>>. Acesso em: abril 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Tribunais Superiores: Quais são? O que fazem**. Bahia- Salvador: JusBrasil. 2012. Disponível em <<https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/100111134/primeira-instancia-segunda-instancia-quem-e-quem-na-justica-brasileira>>. Acesso em: abril 2019.

COSTA, Gustavo Santana. **A presunção de Inocência como um Direito Humano**. Website: Medium. Disponível em <<https://medium.com/youth-for-human-rights-brasil/youthhumanrights-presuncao-de-inocencia-84b960bac942>>. Acesso em 23 set 2019.

DEURSEN, Felipe Van. **Qual a diferença entre os tribunais superiores e os supremos tribunais?** Site eletrônico: Grupo Abril. 4 out 2018. Disponível em <<https://super.abril.com.br/blog/oraculo/qual-a-diferenca-entre-os-tribunais-superiores-e-os-supremos-tribunais/>>. Acessado em 17 out 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 269-290., jan./fev. 2008. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=66829>. Acesso em: 18 out. 2019.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Editora Melhoramentos. UOL. São Paulo: Universo Online S/A. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/>>.

ESTADO DE SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. **A estrutura do Judiciário brasileiro**. 30 set 2010. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=265255>>. Acesso em 20 set 2019.

IBCCRIM. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial - O pêndulo do Supremo. São Paulo: **Boletim IBCCRIM**. V. 24. N. 281, P. 01., abr. 2016. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128862>. Acessado em: 25 set 2019.

JANNIS, André. **Tribunais Superiores no Brasil: o que fazem?**. Santa Catarina: Politize!. 6 julho 2017. Disponível em <<https://www.politize.com.br/tribunais-superiores-brasil/>>. Acesso em: 25 set 2019.

LINARDI, Rafael da Cruz Gouveia. **A interpretação constitucional sob uma perspectiva axiológica e cultural – uma possível visão de Miguel Reale**. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Caderno de direito constitucional e ciência política. Mar/Abr de 2017. v.25. n. 100. p. 117-134.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2019. p. 1596.

LOPES, Karoline Fernandes Pinto. **Execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência: análise do retrocesso (in) constitucional do STF**. Natal: Revista In Verbis. V. 22. N. 42. P. 263-284. jul./dez. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153066>. Acessado em 15 set 2019.

LOPES, Lucas Tófoli. **O que é o duplo grau de jurisdição e as diferenças entre instâncias da justiça**. São Paulo: Folha de São Paulo. Publicado em 11 set 2017. Disponível em <<http://direitoaoponto.blogfolha.uol.com.br/2017/09/11/o-que-e-o-duplo-grau-de-jurisdicao-e-as-diferencas-entre-instancias-da-justica/>>. Acessado em 17 out 2019.

MARTINES, Fernando. Brasil tem superlotação carcerária de 166% e 1,5 mil mortes em presídios. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 22 agosto 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7^a edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 2051.

MELO, Sheyla Alves de. **Princípio da Presunção de Inocência: entre a CF/88 e a CADH**. Jurisway: Sistema Educacional On-line. 25 fev 2014. Disponível em <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12839>. Acessado em 20 jun 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13^a edição, revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016. p. 1036.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23^a edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas. 2019. P. 1.282.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14^a edição,

revisada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 478.

PONTES, Felipe. **Cumprimento de pena após quatro instâncias aniquila Justiça, diz Raquel Dodge**. Brasília: Agência Brasil. Empresa Brasil de Comunicação. 3 abril 2018. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-04/cumprimento-de-pena-apos-quatro-instancias-aniquila-justica-diz-raquel>>. Acessado em 15 out 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª edição atualizada. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2015. p. 1215.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. P. 290-291.

SILVA, Edson Ferreira da. **A morosidade do judiciário, a reforma e o custo do processo**. Cadernos Jurídicos. p. 141-143. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=50023>. Acesso em: 14 out. 2019.

SILVA, Ivan Luís Marques da. AHMAD, Nidal. Passe na OAB – 2ª fase, FGV completaço. **Prática Penal**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2019. Coordenação de Marcelo Hugo da Rocha. P. 439.

SILVA, Renato Brasileiro da. **Manual de Processo Penal**. 5ª edição, atualizada e ampliada. Volume Único. Salvador/Bahia: Editora Juspodium. 2017. P. 1841.

SOARES, Vivian Bacaro Nunes. PADILHA, Norma Sueli. **A ponderação como mecanismo de conveniência das normas: um novo paradigma para o direito constitucional brasileiro**. Brasília/DF: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Novembro de 2008. p. 16.

SOUSA, Anderson Batista. **As “quatro” instâncias brasileiras e sua inconstitucionalidade**. Piauí-Teresina: Jus Navegandi. Junho 2019. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/74817/as-quatro-instancias-brasileiras-e-sua-inconstitucionalidade>>. Acesso em 24 abril 2019.

SOUZA, José Barcelos de. **Morosidade da justiça e novos recursos - dois deles já utilizados na justiça penal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo. v. 11. n. 131. p. 8-10. out. 2003. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=45041>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. **STJ: Não é possível execução da pena com pendência de julgamento de embargos**. Sítio eletrônico: Migalhas.com. 4 set 2017. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI264857,81042-STJ+Nao+e+possivel+execucao+provisoria+da+pena+com+pendencia+de>>. Acesso em 14 agosto 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Conheça o STF: Institucional**. Brasília-DF: Plenário. 25 janeiro 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em 12 set 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância.** Brasília-DF: Plenário. 05 outubro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 12 out 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Possibilidade de prisão após segunda instância é objeto de nova ADC no Supremo.** Brasília-DF: Plenário. 18 de abril de 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375810>>. Acesso em 2 nov 2019.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Concepção do projeto da biblioteca virtual: Professora Maria Luiza Marcílio. **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.** Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 20 nov 2019.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Concepção do projeto da biblioteca virtual: Professora Maria Luiza Marcílio. **Declaração de Direito do Homem e do Cidadão de 1789.** Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 20 nov 2019.